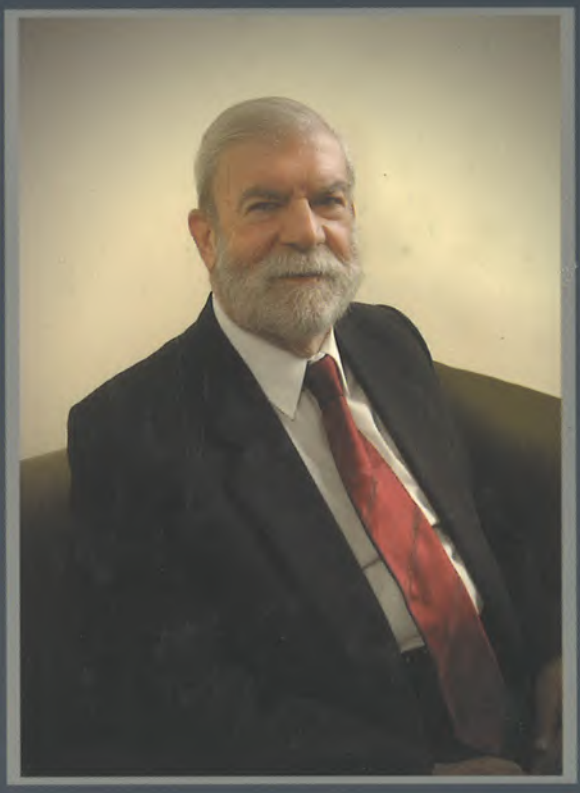
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Trabajo y Seguridad Social
Estudios Jurídicos en Homenaje a
Luis Aparicio Valdez

GRIJLEY

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

BIBLIOTECA
ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCIA

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
ESTUDIOS JURÍDICOS
EN HOMENAJE A LUIS APARICIO VALDEZ

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
ESTUDIOS JURÍDICOS
EN HOMENAJE A
LUIS APARICIO VALDEZ

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

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2008, Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez
© 2008, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
© 2008, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2008-04896

ISBN 978-9972-04-178-5

GRIJLEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TF: 427 3147 / 3376449
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
T: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

GRIJLEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 920 6694
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRIJLEY CHICLAYO
San José 1067
T: 204 146
chiclayo@grijley.com

GRIJLEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
T: 288 379 C: (054) 929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

ÍNDICE GENERAL

HOMENAJE

LA INFLUENCIA DE LUIS APARICIO VALDEZ EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

1. Introducción 3
2. Personalidad excepcional 4
3. Producción jurídica 7
   - 3.1. Derechos individuales y colectivos 7
   - 3.2. Integración regional 12
   - 3.3. Desarrollo de la seguridad social 17
   - 3.4. Otros temas 20
4. Perspectiva humanista 22
5. Promotor de instituciones laborales 25
6. A manera de conclusión 28

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO DEL TRABAJO Y GLOBALIZACIÓN

ALFONSO DE LOS HEROS P.A

1. Introducción 31

2. El problema normativo frente al comercio internacional 33

3. Cláusulas sociales en el comercio internacional 39

4. Reflexiones frente al TLC entre Perú y Estados Unidos de América 46

5. A manera de conclusión 52

EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS DE LA EMPRESA
Aproximación al concepto de despido por causas económicas en el Derecho laboral peruano

CARLOS GUILLERMO MORALES

1. Consideraciones preliminares 55

2. El concepto de causas económicas 58

2.1. Evolución de la regulación del concepto de causas económicas en el Perú 58

2.2. El concepto de causas económicas en la doctrina 65

3. Análisis comparativo de los proyectos de Ley General del Trabajo 82

3.1. Anteproyecto de Ley General del Trabajo (ALGT) 83

3.2. Proyecto de Ley General del Trabajo aprobado en la Comisión de Trabajo del Congreso de la República 89

4. Colofón 94

Bibliografía 95

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN REVISIÓN
Pasado y presente

DANIEL ULLOA MILLARES

1. Introducción 97

2. Una visita al museo: el sujeto protegido bajo el concepto clásico 99

2.1. Elementos esenciales y típicos del contrato de un trabajador 99
2.2. Reacciones ante el cambio 107
2.3. Necesidad de una nueva definición del concepto "trabajador" 110
2.4. Reino poco poblado y mayorías en extramuros: ¿se requiere nuevas fronteras? 113
3. El mundo ha cambiado (lo han cambiado) 114
3.1. La globalización, la descentralización, la deslocalización, las nuevas formas de trabajo y el revuelco legal 114
3.2. ¿Hay zonas grises o todo es blanco o negro? 116
3.3. Labor de la jurisprudencia en la identificación de las características del reino laboral 118
3.4. Pero ¿y el trabajador autónomo? 123
4. La importancia de definir al trabajador realmente autónomo 128
4.1. La importancia del autónomo y su regulación 128
4.2. Pero ¿no estamos legalizando el fraude? 130
5. Conclusiones 133
Bibliografía 135

DERECHO DEL TRABAJO Y SECTOR INFORMAL

VÍCTOR FERRO DELGADO

1. Introducción 139
2. Delimitación del sector informal 142
3. Aspectos estructurales que inciden en la informalidad 144
4. El régimen laboral de la microempresa 149
5. Aproximación crítica al régimen de la microempresa 150
6. El rol de la negociación colectiva en la fijación de derechos laborales económicos 151
7. El tratamiento en el ordenamiento vigente 155

EL DEBATE DE LA CLÁUSULA SOCIAL

RENATO MEJÍA MADRID

1. La cuestión social en la globalización 159
2. El debate de la cláusula social en la OMC 161
3. La OIT y la Declaración de 1998 166
4. La cláusula social en el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estado Unidos de América 171
   4.1. Principios laborales 172
   4.2. Estructura institucional 173
   4.3. Cooperación laboral 174
   4.4. Consultas laborales y solución de controversias 174
5. Apreciaciones finales 175

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

EL ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: TENDENCIAS ACTUALES

ALFREDO MONTOYA MELGAR

1. Introducción 179
2. Tendencias a la reducción del ámbito del Derecho del trabajo 182
3. Tendencias a la expansión del ámbito del Derecho del trabajo 183
4. Como conclusión 193

LA DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO EN EL CONTRATO LABORAL (los casos de la determinación geográfica y funcional)

ELMER G. ARCE ORTIZ

1. La prestación de servicios como objeto del contrato laboral 195
2. La problemática del objeto cierto en el contrato de trabajo 197

a. Prestación física y jurídicamente posible 199
b. Prestación de servicios lícita 199
c. Prestación de servicios determinada 200
3. El acto de determinación de la prestación de trabajo: entre la autonomía de las partes y el marco normativo laboral 201
4. Determinación de la prestación de trabajo en la ley peruana: el lugar 203
4.1. Lugar 203
5. Determinación de las funciones en la ley peruana 206
a. Fundamento legal 206
b. Fundamento profesional y social 207
c. Inexistencia del cuadro de clasificación profesional 208
d. El trabajador flexible y la necesidad de un cuadro de clasificación profesional 209

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA CONEXIÓN DE NEGOCIOS DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR

LUZ PACHECO ZERGA

1. Introducción 211
2. La interdependencia entre el Derecho del trabajo y la economía 213
3. El Derecho del trabajo ante el liberalismo y el marxismo 218
4. La mercantilización del trabajo en el siglo XIX y la condición del trabajador asalariado 220
5. El mercado autorregulador y el Derecho del trabajo 224
6. El contrato de trabajo: institución madre del Derecho del trabajo y mecanismo jurídico de protección social 228
7. La superación del *do ut facias* contractual en el ámbito laboral 232
8. La naturaleza jurídica del contrato de trabajo y la teoría de la conexión de negocios 234

9. Bibliografía 241

EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE PARIENTES

RÓGER E. ZAVALETA CRUZADO

1. Introducción 245

2. Relación de trabajo 246

2.1. Elementos de la relación de trabajo 248

3. El trabajo familiar 249

3.1. Exclusión del ámbito laboral 253

4. Trabajo entre parientes 256

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR CON RESPECTO AL EMPLEADOR

FERNANDO ELÍAS MANTERO

1. Introducción al tema 266

2. Delimitación de premisas básicas 266

3. De la naturaleza de la relación entre trabajadores y empleadores y de la indemnización que se origina por daños causados por el primero al segundo sobre incumplimiento de sus obligaciones 268

3.1. Naturaleza contractual de las obligaciones asumidas por el empleador y el trabajador 269

4. Diversas formas de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones laborales 270

4.1. Responsabilidad de naturaleza laboral 270

4.2. El incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador puede conducir la terminación de la relación laboral 271

4.3. Responsabilidad administrativa 275

4.4. La responsabilidad penal 276

4.5. Hechos delictivos cometidos por el trabajador fuera de su relación laboral 277

4.6. Responsabilidad patrimonial 279

4.7. Aspectos a ser esclarecidos 280

5. De la responsabilidad patrimonial 281

6. Obligaciones del trabajador derivadas de la relación laboral 282

6.1. Tratamiento del tema en el proyecto de la Ley General del Trabajo 284

6.2. ¿Existen límites a las obligaciones que puede asumir el trabajador con respecto al empleador? 286

7. La terminación de la relación laboral como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del trabajador 287

7.1. La renuncia o retiro voluntario del trabajador 288

7.2. Terminación anticipada por parte del trabajador del contrato modal a plazo, antes del vencimiento del plazo convenido 289

7.3. Efectos del incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador 291

8. De la reparación de los daños ocasionados por el trabajador a terceros como consecuencia de la ejecución de su prestación laboral para el empleador 292

9. Eventual limitación a la responsabilidad patrimonial del trabajador con respecto a las obligaciones que le impone la relación de trabajo 293

10. ¿Son aplicables las reglas del Código Civil relacionadas con el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador? 294

10.1. ¿Puede exonerarse o limitarse la responsabilidad del trabajador como deudor de la prestación a través del contrato individual de trabajo o de la convención colectiva? 296

10.2. ¿Es posible establecer una cláusula penal en un contrato de trabajo o documento posterior? 296

11. Competencia judicial para conocer de eventuales demandas planteadas por el empleador contra el trabajador por el eventual incumplimiento de las obligaciones laborales 297

11.1. ¿Puede el empleador repetir contra el trabajador por cualquier indemnización que hubiese tenido que pagar a terceros por actos propios de su trabajador? 298

12. Conclusiones 298

Bibliografía 299

TEMAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA RENUNCIA EN EL PERÚ

JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN

1. Unas palabras previas 301

2. Introducción 302

3. Regulación 302

4. Precisiones previas 303

4.1. Denominación 303

4.2. La renuncia y la libertad de trabajo 304

4.3. Carácter recepticio 306

4.4. Expresión de la voluntad del trabajador 306

4.5. Forma escrita 308

5. La puesta a disposición como renuncia 308

6. El aviso previo 311

6.1. El plazo 311

6.2. Exoneración 313

6.3. La renuncia intempestiva o abandono de trabajo 315

7. El despido indirecto 322

8. Extinción del contrato de trabajo en el caso de la reposición 324

9. Jubilación como causa de extinción 325

10. La renuncia en el contrato a plazo fijo 326

11. Renuncia en el periodo de prueba 328

12. Renuncia incentivada 328

13. A manera de conclusión 329

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)

GUILLERMO BOZA PRÓ

1. Introducción 333
2. Los hechos 334
3. El contenido esencial del derecho de libertad sindical 336
4. El derecho de huelga 342
   4.1. Concepto y modalidades de huelga 344
   4.2. Titularidad y ejercicio del derecho de huelga 347
   4.3. Huelga y derechos de terceros 349
5. La procedencia de la acción de amparo para la tutela del derecho de libertad sindical 357

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CRISIS DEL SINDICALISMO EN EL PERÚ

RAÚL SACO BARRIOS

1. Introducción 361
2. Causas de la decadencia del sindicalismo 363
   2.1. Aspectos generales 363
   2.2. El sindicalismo latinoamericano 367
   2.3. El sindicalismo peruano 372
   2.4. Algunos datos estadísticos 377

3. Proposición 382
a. Actores 383
b. Acciones a seguir 384
c. Medios a utilizar 389
4. Beneficios y riesgos 390
a. Fortalezas 390
b. Debilidades 391
5. Conclusión 393

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA Y SEMIREGLADA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE CHILE

EMILIO MORGADO VALENZUELA

1. Introducción 395
2. Negociación colectiva no reglada 397
3. Negociación colectiva semireglada 398
3.1. Negociación colectiva semireglada de grupos de trabajadores 398
3.2. Negociación colectiva semireglada a cargo de sindicatos que agrupen a trabajadores agrícolas de temporada 399
4. Normas comunes de la negociación colectiva no reglada y semireglada 400
4.1 Fuero laboral 401
4.2. Huelga 402
4.3. Prácticas desleales 403
5. Los convenios colectivos de trabajo 404
5.1. Ámbito personal 404
5.2. Ámbito temporal 406
5.3. Efectos, interpretación y aplicación 407
6. Potencialidad de la negociación colectiva no reglada y semireglada 408
7. Algunas mediciones estadísticas 412

ANEXOS 413

ANEXO 1. Normativa chilena sobre la huelga 413

ANEXO 2. Negociación colectiva supraempresa 419

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CUYOS TRABAJADORES SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

PEDRO G. MORALES CORRALES

1. Introducción 423

2. Análisis de las normas presupuestales 424

3. Normas constitucionales 429

4. Derecho comparado 432

5. Convenios de la OIT y otros instrumentos internacionales 436

6. El Decreto Ley Nº 25593 438

7. La negociación colectiva en las empresas públicas 440

HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES: ALCANCES, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NUEVA AFECTACIÓN (LA EDUCACIÓN BÁSICA REGULAR)

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

1. Introducción 443

2. Marco general: la huelga como derecho fundamental y sus límites 444

2.1. La huelga-derecho y sus límites 444

2.2. ¿Servicios públicos esenciales o tan solo servicios esenciales? 448

2.3. Modelos de regulación de la huelga en servicios esenciales: autorregulado, heterorregulado o mixto 449

3. Estándares internacionales en materia de servicios esenciales y de los límites al ejercicio del derecho de huelga 451

3.1. Definición de servicios esenciales 451

3.2. Servicios que devienen en esenciales 456

3.3. Restricciones que pueden imponerse, garantías compensatorias y cuantificación independiente de los servicios mínimos 456

3.4. Otros supuestos en los que puede imponerse un servicio mínimo 459

4. La regulación peruana de la huelga en los servicios esenciales y la numerosa lista de vulneraciones de los estándares internacionales en el sector educación 460

4.1. Marco constitucional y legal 460

4.2. Las observaciones del Comité de Libertad Sindical y las reformas a la regulación original 463

4.3. La regulación legal de la educación como servicio esencial 464

5. Conclusiones 471

EL NUEVO ROSTRO DE LAS MEDIDAS DE AUTOTUTELA PATRONAL

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

1. La necesidad de prestar atención a la autotulela patronal y sus transformaciones 475

2. Una modificación radical de las estrategias empresariales ante los conflictos 478

2.1. El mantenimiento de la producción como objetivo prioritario 479

2.2. Razones estructurales del cambio de estrategia: la emergencia de un nuevo modelo productivo 482

2.3. La funcionalidad conflictiva del mantenimiento de la producción: un dato clave para la caracterización de las nuevas prácticas empresariales 483

3. Márgenes de licitud constitucional de las nuevas medidas empresariales de defensa en los conflictos 483

3.1. Las difíciles relaciones entre los derechos de conflicto reconocidos a los trabajadores y empresarios por la Constitución española de 1978 485

3.2. La opción inicial por la preeminencia del derecho de huelga y sus límites 486

3.3. El consiguiente espacio para las acciones de autotutela empresarial: la "excesiva onerosidad" como mecanismo habilitante 489

3.4. La respuesta de la jurisprudencia constitucional ante la crisis del modelo: la defensa del daño "legítimamente causado" por el ejercicio del derecho de huelga 489

3.5. Los restantes márgenes de autotutela patronal y sindical y sus espacios reales de concreción dentro del modelo productivo emergente 493

SOBRE EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES ESTATALES Y LA NORMATIVA PRESUPUESTAL

EDGARDO BALBÍN TORRES

1. Introducción 497

2. La clásica discusión sobre la naturaleza de la relación del Estado con sus trabajadores: incidencia en el derecho de negociación colectiva 498

3. La situación de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico: la indiscutible titularidad del derecho de negociación colectiva por los trabajadores públicos 501

4. Las particularidades de la negociación colectiva de los trabajadores estatales y su incidencia en el marco normativo y la legalidad presupuestaria 507

5. Otro problema similar: las normas presupuestales 512

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

1. Introducción 518

2. Origen y razón de ser del principio protector en el proceso laboral 518

3. Definición y alcances 520
4. Resistencias y limitaciones 522
5. El principio protector: manifestaciones 525
5.1. Manifestaciones directas o procesales del principio protector 526
5.2. Manifestaciones indirectas o paraprocesales del principio protector 532
6. Colofón 537

LA PRESCRIPCIÓN LABORAL

JAVIER NEVES MUJICA

1. Introducción 539
2. La tesis de los hechos cumplidos y el ámbito prescriptorio 540
3. La sucesión de plazos prescriptorios 543
4. La inconcebible jurisprudencia sobre la prescripción 546
5. La prescripción laboral en los proyectos de Constitución y Ley General del Trabajo 550

NECESIDAD DE UNA PROFUNDA REFORMA PROCESAL LABORAL EN AMÉRICA LATINA

ADOLFO CIUDAD REYNAUD

1. Introducción 553
2. Importancia actual del Derecho procesal del trabajo 554
3. Líneas matrices para una reforma procesal laboral 558
3.1. Reforma normativa para pasar de procesos escritos a procesos por audiencias (orales) 558
3.2. Establecimiento de procesos especiales 562
3.3. Sistemas de solución de conflictos prejudiciales 562
3.4. Reforzamiento de la jurisdicción especializada 563
3.5. Recursos humanos y materiales necesarios 563

3.6. Organización y funcionamiento 564
3.7. Necesidad de apoyo político y estrategia de la reforma 564
3.8. Información y medición estadística 565
4. Precisiones sobre la oralidad y los demás principios procesales 565
4.1. Principio de oralidad 566
4.2. Principio de inmediación 568
4.3. Principio de concentración 569
4.4. Celeridad 569
4.5. Gratuidad 570
5. Experiencias de aplicación de los procesos por audiencias (oralidad) en España y América Latina 571
5.1. España 571
5.2. Uruguay 580
5.3. Colombia 580
5.4. Venezuela(34) 582
5.5. Ecuador 583
5.6. Chile 585
6. Los sistemas prejudiciales de solución de conflictos 586
7. La importancia de la inspección del trabajo 589

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

1. Introducción 593
2. Marco conceptual 594
2.1. Antecedentes 594
2.2. Definición y características 595

3. Principios de la seguridad social 598
3.1. Respecto a los sujetos 599
3.2. Respecto a los riesgos 599
3.3. Respecto al financiamiento 599
3.4. Respecto a las prestaciones 601
3.5. Respecto a la administración 601
3.6. ¿Otros principios? 602
4. Marco constitucional sobre la seguridad social 602
4.1. Marco general 603
4.2. Principales disposiciones sobre la seguridad social 605
4.3. Derecho a la salud y seguridad social 606
4.4. Dignidad: marco general 607
4.5. Previsión social 607
4.6. Prestaciones de la seguridad social 609
4.7. Intangibilidad de fondos 612
4.8. Tratados internacionales 612
5. La reforma pensionaria 613
5.1. Ámbito subjetivo 613
5.2. Razones de la reforma: supresión de derechos adquiridos 613
5.3. Contenido de la reforma constitucional y el Decreto Ley Nº 20530 615

LINEAMIENTOS PARA AMPLIAR LA SEGURIDAD SOCIAL

FRANCISCO JAVIER ROMERO MONTES

1. Planteamiento del problema 619
2. El enfoque equivocado 622
3. La reforma inadecuada 623
4. La actitud del Estado 626

5. Problemas inherentes al modelo del sistema 627
a. La informalidad absoluta 627
b. La simulación en la prestación de servicios 627
c. La informalidad relativa 628
d. La evasión del pago de aportes 628
e. La falta de control y fiscalización de los fondos 628
f. Obstaculiza el crecimiento del trabajo dependiente 629
g. Complejidad administrativa 629
6. La solución que proponemos 629
7. La estrategia del financiamiento 630
8. Seguridad del financiamiento 632
9. La seguridad social en otros países 633

EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ: DE LA REFORMA Y LA DESAFILIACIÓN A UN SISTEMA ÚNICO COMPLEMENTARIO

CÉSAR ABANTO REVILLA

1. Anotaciones introductorias 635
2. El sistema de pensiones en el Perú 637
2.1. Los regímenes administrados por el Estado 637
2.2. El Sistema Privado de Pensiones (AFP) 638
3. La crisis del Sistema Nacional de Pensiones 639
3.1. Antecedentes: el origen de la crisis(12) 639
3.2. Planteamientos de reforma del SNP 641
4. La reforma constitucional del Decreto Ley Nº 20530 646
4.1. Evolución, crisis y posterior reestructuración 646
4.2. La reforma constitucional de 2004(35) 648
5. El Sistema Privado de Pensiones y la libre desafiliación 649
6. Hacia un sistema único complementario de pensiones 652

LA LIBRE DESAFILIACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT

1. Introducción 657

2. La seguridad social en pensiones 659

   2.1. El establecimiento de la seguridad social en el Perú: el Sistema Nacional de Pensiones 663

   2.2. El escape a la crisis: el Sistema Privado de Pensiones 665

   2.3. La convivencia entre el sistema público y el Sistema Privado de Pensiones 667

3. Las sentencias del Tribunal Constitucional y la Ley Nº 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada 670

   3.1. La sentencia del 26 de enero de 2007: establecimiento de los tres supuestos para iniciar el procedimiento de desafiliación 670

   3.2. La Ley Nº 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada 676

   3.3. La sentencia del 31 de abril de 2007: el Tribunal Constitucional logra instaurar un precedente vinculante en torno a la desafiliación del SPP 677

4. Los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la base de los supuestos instaurados en sus anteriores sentencias 680

   4.1. Distorsionada información 681

   4.2. Inducción a la afiliación 682

   4.3. Omisión de datos 683

   4.4. Haber alcanzado el derecho a una pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP 683

   4.5. Otras causales 684

   4.6. Sentencias sin motivación 685

   4.7. Sentencias infundadas 686

CURRICULUM VITAE

I. DATOS PERSONALES

Nombre y Apellidos	:	Luis Aparicio Valdez
Título	:	Abogado, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Lugar de Nacimiento	:	Lima; distrito de Barranco
Fecha de Nacimiento	:	26 de diciembre de 1930

II. ESTUDIOS

Primaria	:	Colegio Champagnat de Miraflores
Secundaria	:	Colegio Champagnat de Miraflores
Superior	:	1948 - 1954 Letras en la Pontificia Universidad Católica del Perú Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos.
Estudios de Posgrado	:	1955 Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París

III. ASOCIACIONES

2007	:	Miembro Honorario de la Asociación Fiscal Internacional (Capítulo Peruano) (IFA)
2007	:	Past President de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo
2003 - 2006	:	Presidente a nivel mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo con sede en Ginebra
1997 - 1999	:	Presidente de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo
1982 - 1998	:	Miembro del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
1991 - 1994	:	Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
1989 - 1992	:	Representante de América Latina en el Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo - AIRT

1988 - 1991	:	Fundador y Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
1982 - 1985	:	Presidente Fundador de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo

IV. EVENTOS

Entre 2000 y 2006	:	Participó en numerosas reuniones en calidad de Presidente elegido y Presidente en ejercicio de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo en Manila (Filipinas), Cape Town (Sudafrica), Tokio (Japón), Seúl (Corea del Sur), Berlín (Alemania).
13 - 17 septiembre 1999	:	Presidente del III Congreso Regional de las Américas de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo
03 - 05 enero 1999	:	Participó en el 51º Annual Meeting de la Industrial Relations Research Association (IRRA), que se llevó a cabo en la ciudad de New York - EE.UU.
11 - 13 noviembre 1998	:	Relator oficial del tema: "Régimen Financiero y Administrativo de la Seguridad Social", en el IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organizado por la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile
22 - 26 septiembre 1998	:	Presidente de Wokshop 2: "Restructuring Public Sector: Mission Impossible? en el XI Congreso Mundial organizado por la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo de Italia, realizado en Bologna
03 - 06 junio 1998	:	Panelista en el II Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas organizado por la ABRAT, Brasil
22 - 26 setiembre 1997	:	Participó en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Buenos Aires
26 - 29 agosto 1997	:	Participó en el Congreso Regional Europeo de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, realizado en Dublín, Irlanda
06 - 11 julio 1997	:	Invitado Especial al Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social Dr. Guillermo Cabanellas, en Puerto Rico

1996 : Expositor invitado por la Universidad Católica de Uruguay para tratar el tema de la Reestructuración Industrial, Reconversión Laboral y Negociación del Empleo

Expositor en la Academia Brasileira de Previdencia e Assistencia Social de Sao Paulo sobre el tema "La Reforma de la Seguridad Social en América Latina"

Conferencista invitado por el Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile

1995 : Presidió la Mesa Redonda sobre "La Integración en América y el Derecho del Trabajo", organizada por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (mayo - Montreal)

Invitado por la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo al Congreso Mundial de Relaciones de Trabajo, en calidad de Expositor sobre el tema "Competitividad y Empleo: El Caso Peruano", en Washington

Invitado al Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en calidad de Expositor sobre "La Reforma de la Seguridad Social en Perú", en Santa Cruz - Bolivia

Invitado como expositor sobre el tema "La Reforma de la Seguridad Social en América Latina" en el Congreso Interamericano de Administración de Personal, Buenos Aires - Argentina

1994 : Profesor invitado por la Universidad de Bologna para exponer sobre el tema "Mondializzazione dell' Economia e del Lavoro", Bologna - Italia

Participó en la VI Conferencia Regional Americana de la Asociación Internacional de la Seguridad Social, Nassau - Bahamas.

Conferencista invitado por la Universidad de Montevideo

Participó en el IV Congreso Regional Europeo de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, realizado en Helsinki - Finlandia

Participó en el XIV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Seúl - Korea

1993 : Profesor invitado por la Universidad Internacional de La Florida (EE.UU.) para exponer el tema "Los Aspectos Laborales de la Integración"

1990 : Expositor en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo realizado en Puebla - México, sobre el tema "La Idea Moderna del Derecho del Trabajo"

1988 : Se ocupó del tema del Impacto de la Gestión Empresarial en las Relaciones de Trabajo, en el I Congreso de Relaciones de Trabajo de las Américas, organizado por la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, en la ciudad de Quebec

1976 - 1983 : Profesor invitado por la Universidad de Texas en Austin, EE.UU.

1976 : Profesor invitado como Expositor en el Seminario sobre Estratificación de la Seguridad Social, organizado por la Universidad de Pittsburgh y realizado en México (1976)

1973 : Experto contratado por la OIT para preparar el Estudio "Convenios Colectivos sobre Seguridad Social en el Perú"

Presidente de la Mesa Redonda sobre "Convenios Colectivos y Seguridad Social" organizada por el Instituto Mexicano de la Seguridad Social (Ciudad de México)

1971 : Participó en un Seminario organizado por la Fundación Alemana para los países en desarrollo sobre Cooperación Internacional realizado en Berlín

1962 - 1976 : Intervino en numerosas Conferencias Anuales de la OIT en Ginebra

1963 - 1976 : Participó en numerosas reuniones del Consejo de Administración de la OIT en Ginebra

V. CARGOS

Ha sido Presidente de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en varias oportunidades

Coordinador de los Delegados de los Ministros de Trabajo del Grupo Andino a cargo

de la preparación del Convenio Simón Rodríguez, así como de los Instrumentos Andinos de Seguridad Social y Migraciones

En calidad de Consultor de la Junta del Acuerdo de Cartagena elaboró el estudio sobre creación del Instituto Laboral Andino (ILA), que actualmente integran 16 Confederaciones de Trabajadores de los países del Grupo Andino

Miembro del Consejo Nacional del Trabajo en representación de las Organizaciones Sociales vinculadas al Sector

VI. PUBLICACIONES

Director : Análisis Laboral (desde 1977) y Análisis Tributario

Análisis Laboral acaba de cumplir 30 años ininterrumpidos y es miembro del prestigioso Club Internacional de las Publicaciones Periódicas del Trabajo que integran, además de Análisis Laboral 11, calificadas publicaciones de Europa, Norteamérica, Asia y Australia

Libros : "Política Laboral en el Grupo Andino" y "Seguridad Social en el Grupo Andino", editados por la Universidad del Pacífico (1971-1972)

Artículos : "Approaches to and problems of social concertation in Perú", Labour and Society, Vol. 12, N° 3 (Ginebra)

"Perú: Flexibilidad Laboral: Limitar el reglamentismo y garantizar los derechos básicos". Actualidad Sociolaboral, OIT, N° 1, Madrid, 1987

"La gestión empresarial en Latinoamérica y su impacto en las relaciones laborales", Relations Industrielles, Vol. 44, N° 1, 1989, Universidad de Quebec

Coautor de la publicación "Efectos de las Empresas Multinacionales sobre el Empleo en el Perú", OIT - Programa de Empresas Multinacionales. Documento de Trabajo N° 59, 1989, 72 págs., Ginebra

VII. EXPERIENCIA DOCENTE

De 1962 a 1986 : Catedrático Principal de Derecho del Trabajo en la Universidad del Pacífico

1993	:	Catedrático de Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
1996	:	Catedrático de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima

VIII. DISTINCIONES ACADÉMICAS

1996	:	Profesor Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo
		Profesor Honorario de la Facultad de Ciencias de la Comunicación, Programa de Relaciones Industriales de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

IX. CONDECORACIONES

1973	:	Fue condecorado por el Consejo de la Orden del Trabajo con la Orden del Trabajo en 1973 con el grado de Gran Oficial
1996	:	Condecorado con el Grado de Comendador por el Tribunal Superior de Trabajo del Brasil

X. EXPERIENCIA LABORAL

1977 - 1999	:	Presidente Ejecutivo del Grupo AELE
1970 - 1976	:	Director del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico
1957 - 1970	:	La Fabril S.A. - Asesor Laboral

XI. ACTIVIDAD PRINCIPAL EN LA ACTUALIDAD

1977 a la fecha	:	Presidente Ejecutivo del Grupo AELE, que edita mensualmente las publicaciones especializadas de difusión internacional Análisis Laboral y Análisis Tributario

Lima (Perú), marzo de 2008

PRESENTACIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social reconoce a Luis Aparicio Valdez como su fundador.

En 1988, convocó a dos colegas amigos, profesores universitarios como él, uno en Trujillo y otro en Lima, y los tres suscribieron el acta constitutiva, que fue formalizada en escritura pública en el mes de agosto de ese año.

Nada más apropiado, por eso, que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social quiera rendirle un nuevo homenaje precisamente ahora, cuando se apresta a celebrar su vigésimo aniversario.

Nuevo homenaje, esta vez en forma de libro, ya que en el año 2006, con ocasión de su II Congreso Nacional celebrado en Arequipa, lo había hecho a través de la lectura de su semblanza por Róger Zavaleta Cruzado, precisamente uno de los constituyentes, y la entrega de una medalla en manos de su hija María Helena Aparicio Rabines.

En el presente libro se recogen 26 trabajos de sendos miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, activos u honorarios, y entre estos últimos dos no nacionales: Alfredo Montoya Melgar y Emilio Morgado Valenzuela, ex presidentes ambos de la Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

La temática desarrollada es muy variada. Dentro de la alternativa de hacer un libro temático o uno misceláneo, se optó por lo segundo, quizás inconscientemente, para poder reflejar la personalidad tan rica en matices del Dr. Aparicio, que ha sido profesor y catedrático, abogado en ejercicio y consultor, investigador y organizador, escritor y editor, y, sí, fundador de

instituciones, porque como lo hizo con la nuestra y siguiendo idéntico procedimiento había fundado años antes la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT), a través de la cual y gracias a su extraordinario trabajo institucional realizó con enorme éxito un Congreso Regional, primero, y luego uno Mundial, y alcanzó la cumbre como Presidente de la Sociedad Internacional de Relaciones de trabajo (AIRT, por su sigla en inglés).

Para la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es un orgullo y un honor rendirle este nuevo homenaje.

HOMENAJE

LA INFLUENCIA DE LUIS APARICIO VALDEZ EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

Leopoldo GAMARRA VÍLCHEZ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Personalidad excepcional. 3. Producción jurídica. 4. Perspectiva humanista. 5. Promotor de instituciones laborales. 6. A manera de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Representa para mí un gran honor y, a la vez, una profunda satisfacción escribir estas líneas, por la decisión de los estimados colegas de la junta directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, consagradas a dar público cumplimiento a un trascendente y justiciero acuerdo: rendir homenaje al doctor Luis Aparicio Valdez por sus vastos y reconocidos merecimientos intelectuales, sus virtudes logradas y por la proficua labor desplegada como director de la revista *Análisis Laboral* y presidente ejecutivo del grupo Asesoramiento y Análisis Laboral (AELE).

Me corresponde desarrollar la influencia del doctor Luis Aparicio Valdez en el Derecho laboral peruano a través del estudio de sus obras publicadas, ponencias académicas tanto nacionales como internacionales

y artículos en revistas especializadas[1]. Trataremos, como primer tema, la sobresaliente y brillante personalidad de nuestro homenajeado, puesta de manifiesto en sus excepcionales méritos, como maestro universitario, abogado, eminente tratadista y miembro de comisiones consultivas e instituciones académicas y culturales, tanto de nuestro país como del extranjero. Luego, reseñaremos la producción jurídica en tres temas fundamentales que él desarrolló a lo largo de estos años. Finalmente, considerando que no es solo un extraordinario especialista en Derecho del trabajo sino que es, ante todo, un jurista, un hombre de Derecho en el cabal sentido de la palabra, abordaremos, como tercer punto, la perspectiva humanista que tiene del Derecho del trabajo, y, finalmente, en el cuarto punto, el aporte como promotor de instituciones laborales.

De este modo, pretendemos compartir con el lector, con verdadero júbilo, la significativa oportunidad que nos permite tributar homenaje a quien ocupa con honor las elevadas dignidades humanas.

2. PERSONALIDAD EXCEPCIONAL

Es importante inquirir por los rasgos distintivos de la personalidad excepcional de Luis Aparicio Valdez para entender su perspectiva humanista del Derecho laboral, hecho que sirve, además, para enriquecer nuestro espíritu y confortar el ánimo abatido por tantas deserciones del campo de los ideales[2].

Su inquieta y persistente vocación intelectual y humanista –que conserva con prístina lozanía– recibe su primer impulso en el hogar. Por ello, no se puede dejar de mencionar, dentro de su formación, la ejemplar influencia ejercida por su padre, ese gran jurista que fue Germán Aparicio y Gómez Sánchez.

---

(1) En este aspecto, quiero agradecer la colaboración de mi asistenta Andrea Sánchez, en la recopilación de documentos para el presente artículo.

(2) Debo mencionar que afortunadamente, y guardaré siempre como preciado galardón, el encontrarme estrechamente vinculado a él hace más de una década, presentado por otro destacado peruano Gustavo Gutiérrez, el padre de la Teología de la Liberación, y, siempre, como discípulo, he aprendido a apreciarlo en el trato personal del intercambio intelectual; y en el diálogo sostenido de muchas jornadas. A través de este contacto humano he podido captar, silentemente, sus sobresalientes perfiles humanos; pero si algo ha motivado mayormente mi admiración, es la forma tan llana y sencilla, tan verdadera y honrada, en el trato cotidiano con la gente y con sus propios colegas.

"Y es el caso decir que tan insigne jurista no hizo alarde sobre lo que había producido, no se convirtió en pregonero de sí mismo sobre la calidad y magnitud de lo hecho, y nunca tuvo como empinamientos presuntuosos para querer llamar la atención, en busca de alabanzas y recompensas. El siguió el consejo de Don Quijote: llaneza, muchacho. Una inefable modestia se adhirió a su modo de ser y vivir. Y solo se obsesionó por su propia consagración a finalidades de tan alto sentido axiológico, como son todas las que ayudan al acercamiento del saber del hombre. Al escribir estas líneas en homenaje y recordación de Don Germán Aparicio y Gómez Sánchez"(3).

Puede ufanarse, con justa razón, la cultura jurídica nacional de que haya sido posible en nuestro medio que un hombre solo, por su propio y único tesón, haya llevado a su culminación una tarea de tan vastas proporciones y de tamaña importancia y de militante interés. Es solo gracias a un esfuerzo paciente, a un tenaz desvelo, que ha demandado la obra excepcional del doctor Germán Aparicio y Gómez Sánchez: *El Código Civil, concordancias*, en 15 tomos(4). Esta formación jurídica lo llevó a hacer frente a los problemas sin temor, a superar el camino con su experiencia y a constituirse en ejemplo vivo de lo que debe ser un abogado.

---

(3) BARANDIARÁN, José León, "El jurista y su obra, Reconocimiento de Catedráticos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", en *Semblanzas. Homenaje de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al cumplirse 125 años de su nacimiento: Germán Aparicio y Gómez Sánchez*, UNMSM, Lima, 2004, p. 35.

(4) Como señala Rómulo E. Lanatta, "Recién había entrado en vigencia el Código Civil actual, el 14 de noviembre de 1936, cuando antes de terminar ese año fue publicado en tomo I de su obra monumental en quince tomos, a los que modestamente tituló: *Código Civil, Concordancias*. Desde este primer volumen pudo apreciarse el alto mérito de su labor como jurista, en el más elevado sentido del vocablo. Las notas que preceden al articulado de cada título contienen las referencias pertinentes de los anteproyectos, exposiciones y debates de la Comisión Reformadora y de los trabajos de la Comisión Revisora del Proyecto de la cual él había sido miembro, citas de la legislación comparada, de los tratados y convenciones y de la bibliografía nacional y extranjera, todo lo cual constituye valioso aporte para dar a conocer mejor las innovaciones que traía el Código Civil de 1936, nuevo entonces. Y luego el articulado completo, perfectamente concordado y sumillado. Todo otorgó a esta obra, desde su primer tomo, el extraordinario mérito que hasta hoy conserva" (LANATTA, Rómulo E., "El jurista, Reconocimiento de Catedráticos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", en *Semblanzas. Homenaje de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al cumplirse 125 años de su nacimiento: Germán Aparicio y Gómez Sánchez*, UNMSM, Lima, 2004, p. 39).

Es decir, su padre fue, a mi entender, el modelo de proyecto vital que escogió en el transcurrir de sus realizaciones valorativas, el émulo que decidió, sin que quizá lo patentizara conscientemente, su vocación medular de jurista amante del Derecho laboral(5). De esta forma "Si el Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez brilla como estrella de primera magnitud en el Derecho civil, el Dr. Luis Ernesto Aparicio Valdez, como su digno heredero, también brilla con la misma intensidad en el Derecho del trabajo y de la seguridad social, que son los derechos de nuestros tiempos"(6).

Otra fuente que ha nutrido decisivamente la personalidad de Luis Aparicio Valdez, ha sido el espíritu sanmarquino, del cual nunca se ha apartado desde sus tiempos de estudiante(7). Contribuyó, sin duda, a reforzar ese lazo inquebrantable, el que su paso por las aulas de las Facultades de Letras y Derecho coincidiera con un periodo pródigo en maestros brillantes. Se caracterizó siempre por ser concurrente asiduo de las bibliotecas universitarias y amante de trajinar en ellas, a veces sin derrotero preestablecido, hurgando entre las obras que abarcaban todos los ámbitos del conocimiento. Esta dedicación a la lectura le proporcionaría un cimiento cultural que será básico en su formación como jurista. En 1957(8), se gradúa como abogado.

Estos dos pilares de su personalidad; tanto el ejemplo de su padre como la influencia del espíritu sanmarquino; junto al tesón del propio esfuerzo en la búsqueda indeclinable de la verdad, lograron hacer de Luis Aparicio Valdez el hombre generoso y sencillo, de fina y exquisita sensibi-

(5) Influencia que reconoció públicamente en el discurso de agradecimiento en nombre de la familia Aparicio en la presentación del Libro Homenaje de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez (Lima, abril del 2004).

(6) ZAVALETA CRUZADO, Róger, "Semblanza: Luis Ernesto Aparicio Valdez. Homenaje al Dr. Luis Aparicio Valdez", en *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Arequipa, 2006, p. 1000.

(7) La biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, lleva el nombre del doctor Germán Aparicio y Gómez Sánchez, y la promoción de egresados 2003 "*gens una summus*" de la misma universidad también le ha hecho un reconocimiento. Además, Luis Aparicio Valdez es permanentemente invitado por los profesores y alumnos a la Facultad de Derecho y Ciencia política de San Marcos, debiéndose mencionar también, que gracias a su espíritu de entrega, ha donado a la biblioteca de la Facultad los 15 tomos del *Código Civil, Concordancias,* obra de su padre.

(8) Realizó un posgrado en el Instituto de Derecho comparado de la Universidad de París en 1955.

lidad, cordial y humano, dedicado íntegra y silenciosamente a la tarea poco relumbrante de la investigación jurídica, impulsado por el desinterés de su vigorosa vocación por la justicia y el conocimiento, que busca transmitir con desprendimiento, sin presunción ni egoísmo, en sus discípulos a los que nunca ha regateado el aliento entusiasta y propulsor.

3. PRODUCCIÓN JURÍDICA

Intentar mencionar o comentar todas las publicaciones de Luis Aparicio Valdez sería una pretensión ilusa y poco realista, que excedería todas las posibilidades de tiempo y espacio que la ocasión permite. Por lo tanto, nos limitaremos a señalar solamente algunos de los temas fundamentales de su aporte al mundo del Derecho. Entre ellos, trataremos los temas del Derecho laboral, la integración regional y la seguridad social.

3.1. Derechos individuales y colectivos

Luis Aparicio Valdez ha probado en estos años dedicados al estudio, que es un verdadero iuslaboralista, porque considera –y siempre lo recalca– que el Derecho laboral es por esencia un derecho social, comprometido con el trabajador. Así afirma que:

> "Lo laboral encuentra plena cabida dentro de lo social, siendo este concepto mucho más amplio, pues el primero se refiere a los trabajadores en cuanto tales, mientras que lo social lo hace en cuanto a personas. Estando comprendidos entonces el aspecto laboral dentro de lo social"(9).

Del mismo modo, en el artículo clásico de obligada lectura "La idea moderna del Derecho del trabajo"(10), publicado en 1994, en los albores de la llamada "reforma laboral de flexibilización" que se impulsó en el Perú durante los años noventa, Aparicio Valdez realiza un análisis de los cambios que ha sufrido el Derecho laboral peruano durante su existencia y de los nuevos retos que enfrentó nuestro país en esa década.

---

(9) APARICIO VALDEZ, Luis, *Política laboral en el Grupo Andino*, Universidad del Pacífico, Lima, 1972, p. 33.

(10) APARICIO VALDEZ, Luis, "La idea moderna del Derecho laboral", en *Laborem*, N° 1, Lima, 1994, pp. 7-31.

Ciertamente, fue una etapa muy difícil para el Derecho laboral peruano. Se dieron, simultáneamente, varios fenómenos políticos, sociales y económicos que cambiaron radicalmente la relación laboral como figura central. Entre estas circunstancias podemos señalar el uso de nuevas tecnologías, nuevos métodos de organización del trabajo, el desmantelamiento de la normativa laboral a la que se calificó como "proteccionista", la aplicación de medidas económicas que desplazaron a millares de trabajadores hacia el desempleo, la liberalización del mercado y la desconcentración de la producción, la articulación de empresas, etc. En esa etapa, se dictaron dispositivos que tenían fuerte implicancia económica, sin contemplar las consecuencias que estas tendrían sobre el país, ni sobre los trabajadores o pequeños productores.

De forma especial, en lo político, el autoritarismo dictatorial y en lo económico, el culto fundamentalista del mercado, fueron fenómenos que conllevaron a una precarización tal de las relaciones laborales, que puso en cuestión la razón misma del Derecho del trabajo. Recordemos que, a mediados de los años noventa, el parlamento nacional debatía iniciativas que proponían regir la relación del trabajo individual a partir, estrictamente, del Código Civil.

Frente a esta crisis de nuestra disciplina, en la que muchos se preguntaban si esta había muerto, Luis Aparicio Valdez responde:

> "La legislación laboral es acusada ahora de ser culpable de muchos males, se ha dicho que es una legislación vetusta y anacrónica en el campo laboral lo que ha llevado a tener una economía informal [...] lo cierto es que quienes culpan al Derecho del trabajo de tantos males, no tienen todos los argumentos para probarlo, pero sí está claro que quienes creyeron posible el desarrollo de los trabajadores, solamente a través del Derecho laboral, se equivocaron"(11).

Es decir, trata de resaltar que el Derecho laboral no puede ser la panacea que arregla todos los problemas del empleo, y señala las condiciones necesarias para que exista una verdadera legislación laboral eficiente, reconociendo que es una disciplina que está relacionada con otros campos que condicionan su desarrollo.

(11) Ibídem, p. 9.

"La solución de los problemas del Derecho de trabajo pasa por circunstancias que se encuentran fuera de él. El desarrollo de las economías, y factores sociales como el poblacional, influyen de una manera apreciable y no están de absoluto bajo su control, como tampoco están las ideologías utópicas o las promesas que a priori se conoce que no podrán cumplir"(12).

Llegando a la conclusión que el Derecho laboral es una disciplina que debe tener en cuenta factores socioeconómicos y tecnológicos para poder ser eficiente y poderse adecuar a los nuevos cambios.

"Las apreciaciones sobre el futuro del trabajo tienen solamente que ahondar ahora y siempre en el aspecto económico y el tecnológico. Predecir el futuro es de por sí complejo, pero hacerlo sin tomar en cuenta todos los factores involucrados, es una manera de hacer imposible los aciertos"(13).

Con respecto a otro de los temas fundamentales del Derecho laboral como es el sindicalismo en tanto parte de los derechos colectivos, Luis Aparicio Valdez señaló que el sindicato debería modernizarse y reformar su naturaleza, propósito y organización de modo que pudiera estar a la altura de los nuevos retos que plantea la globalización. Planteó la necesidad de que los líderes sindicales comprendieran cabalmente la realidad nacional y se propongan nuevas estrategias para introducir modificaciones en las políticas públicas relacionadas con el empleo, ofreciendo nuevas formas de representación, mayores ventajas a sus representados y mecanismos más democráticos para la toma de decisiones y de participación:

> "El desafío del nuevo sindicalismo es administrar y distribuir ese bien escaso que es hoy el trabajo. Un sindicalismo que solo privilegia a sus afiliados, consiguiendo para ellos las mayores ventajas, a expensas de un mercado cada vez más extenso de desocupados e informales seguirá paradójicamente debilitándose como consecuencia de la mayor expansión del desempleo"(14).

Uno de los aspectos sustanciales de esta reforma y modernización en la naturaleza de la organización gremial de los trabajadores, para Luis Aparicio Valdez lo constituye la valoración que los sindicatos deben hacer

(12) Loc. cit.

(13) Ibídem, p. 10.

(14) Loc. cit.

de la competitividad y productividad empresarial. Con respecto a la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales señala:

> "Casi no existe un sistema de participación que no tropiece con problemas y se reconoce unánimemente que en esta esfera, como en muchas otras, no hay receta universal ni modelos aplicables sin adaptación en todas partes: los mecanismos de participación, que son instituciones complejas, surgen y se desarrollan siempre en un marco histórico, político, económico, social y cultural determinado, que no se puede hallar idénticas características en ningún otro lugar"(15).

Asimismo, resaltó que para que exista una verdadera participación es muy importante la información y la capacitación de los trabajadores y quizá el factor más importante, la confianza de los actores sociales:

> "Ninguna fórmula de participación de trabajadores en las decisiones de las personas puede funcionar y dar resultados previstos, ninguna es viable, en una palabra, si se hace caso omiso de las necesidades de las empresas o si es perjudicial para el sindicalismo o infringen en alguna manera los principios de la libertad sindical"(16).

Quisiera destacar que esta visión progresista que formula Luis Aparicio Valdez, de las relaciones entre trabajadores y empleadores, es la que permite valorar y privilegiar los espacios del diálogo social y la concertación en el mundo del trabajo, superando las relaciones basadas en la confrontación y el conflicto. Este es un gran aporte al contexto de diálogo constante entre las organizaciones de trabajadores, las instituciones empresariales, entidades técnicas, entre otras, como el que se materializó en el Consejo Nacional del Trabajo (CNT)(17), que Aparicio Valdez valoró y animó permanentemente, con propuestas, especialmente desde las páginas de la revista *Análisis Laboral*.

---

(15) Ibídem, p. 21.

(16) Ibídem, p. 22.

(17) El CNT se creó en el año 2002, mediante la Ley N° 27711, y Luis Aparicio Valdez es miembro en representación de las Organizaciones Sociales vinculadas al sector.

Por encima de las naturales dificultades; sobre todo en un país como el nuestro, con escaso sentido republicano y democrático, Luis Aparicio Valdez se ha preocupado siempre de que los diversos actores del mundo laboral, valoren efectivamente los acuerdos producidos y, lo más importante, avancen en incorporar el desarrollo de la cultura del diálogo, no solo en materia laboral, sino en relación con los principales problemas del país.

Con ello nos demuestra cómo es que un verdadero hombre de Derecho es ante todo un demócrata, cuyo espíritu cívico le permite apreciar que toda experiencia de diálogo social, por incipiente que sea, debe ser apoyada y fomentada como esperanza para un mejor futuro de gobernabilidad. Y que es ese marco el que favorecerá las condiciones de crecimiento y progreso para dar a todo peruano, la posibilidad de acceder a un empleo decente y en condiciones dignas.

En su momento, Luis Aparicio Valdez consideró la conformación del CNT como un gran logro en la incorporación de la cultura del diálogo a nuestras relaciones de trabajo; y destaca que este permitiera lograr un clima de paz social, sustentada en el reconocimiento de los derechos humanos, el respeto al ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente en el Perú, en el diálogo social democrático, la productividad, la cooperación, el respeto entre las partes y la visión de los problemas integrales del país[18].

Para él, los acuerdos logrados en este espacio de concertación y diálogo social serán los que permitan y sustenten la aprobación de leyes en materia laboral, entre ellas, quizás la más importante en el corto plazo, la Ley General del Trabajo, cuyos artículos fueron concertados en un 85% en el CNT[19]. Este es un hecho histórico surgido del acuerdo y participación responsable de los interlocutores sociales, que ofrece al país las condiciones favorables para alcanzar satisfactoriamente el objetivo de promulgar la tan reclamada Ley General del Trabajo, que a

---

[18] APARICIO VALDEZ, Luis, "Carta del Director", en *Análisis Laboral*, Lima, Febrero, 2002.

[19] Según la Comisión de Trabajo "se llegó a un 85 % de consenso de los artículos del Proyecto de Ley General del Trabajo" (COMISIÓN DE TRABAJO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley General del Trabajo: concertando voluntades, una experiencia de diálogo social*, junio de 2007, p. 31).

juicio de Luis Aparicio Valdez, favorecerá el desarrollo con justicia social en el Perú.

No pensemos, sin embargo, que esta valoración que Aparicio Valdez hace de los espacios de concertación carece de realismo o sobrevalora los logros. Por el contrario, desde la tribuna de sus diversos artículos y publicaciones, trata de alertar que, mientras en el ámbito del CNT se intercambian diferentes puntos de vista con argumentos bien elaborados y se busca alcanzar acuerdos; fuera de él no ocurre necesariamente lo mismo; y llama la atención sobre las reacciones de algunos sectores, a veces altisonantes y desmedidas, a raíz de la materialización de determinadas medidas o la promulgación de normas que, lo único que promueven es el efectivo cumplimiento de los compromisos internacionales que en materia laboral ha suscrito el Estado peruano o el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador que consagra la Constitución Política. Con mesura y equilibrio, Luis Aparicio Valdez nos alerta permanentemente de cómo estas posturas amenazan permanentemente, las frágiles experiencias de concertación que todos tenemos la responsabilidad de promover y fortalecer.

3.2. Integración regional

Desde los años setenta, con visión futurista, Luis Aparicio Valdez, viene planteando insistentemente la necesidad de que el país se integre en un bloque regional sudamericano. Nos señala, al mismo tiempo, que la integración debe tener en cuenta al ser humano, como fin en sí mismo y no como medio.

"Cuando se piensa en términos de integración, debe tenerse en cuenta que una de las metas por alcanzar es la elevación del estándar de vida de quienes viven en los países comprendidos en este proceso [...]. La integración no es pues un fin en sí misma, sino que el factor humano es determinante [...]"(20).

Como al tema de la integración hay que aproximarse desde alguna perspectiva, Luis Aparicio ha escogido como camino el factor humano. Para él, los procesos de integración son solamente un camino, cuyo destino final es la persona.

(20) APARICIO VALDEZ, *Política laboral en el Grupo Andino*, cit., p. 13.

Por ello, señala que las prioridades de la integración regional son la redistribución justa de la riqueza, el fomento del diálogo social como motor de este proceso que permita la generación de empleos con salarios justos, un trabajo digno, productivo y libremente escogido:

> "Las consecuencias comunes que pueden tener estos acuerdos en materia laboral se refieren al incremento de los niveles de empleo y salarios como consecuencia del mejoramiento de la economía; favorecen el libre traslado de las personas por lo que resulta inevitable coordinar diferentes regímenes de Seguridad Social tratando de atender los derechos de las personas que migran al exterior; otras de las consecuencias que resalta, asimismo, es la formación profesional, la cual tiene que ser orientada para satisfacer la demanda de personas capacitadas en las nuevas actividades que generen los nuevos procesos de integración; también resaltó la evolución de varios institutos laborales como los conflictos laborales, la seguridad e higiene de la industria, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, la discriminación, etc."(21).

Puso también mucha atención en las investigaciones y resaltó en todo momento la importancia en el desarrollo de la integración y los efectos inmediatos en el trabajo:

> "Los estudios e investigaciones que puedan arrojar luces sobre el posible desarrollo de la integración y sus consecuencias en el campo laboral, deben merecer el mayor interés de las instituciones académicas, pues son de gran utilidad para la toma de decisiones y la disminución de los riesgos"(22).

El valor que Luis Aparicio Valdez le otorga al desarrollo humano como prioridad del proceso de integración regional y como objetivo estratégico de la incorporación del Perú en un mundo globalizado, tiene absoluta vigencia y es uno de los fundamentos incorporados en la

(21) APARICIO VALDEZ, Luis, "Aspectos laborales de la integración en América", en *Quo vadis jus: estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo la Hoz Tirado,* UNMSM, Lima, 1994, p. 122-123.

(22) Ibídem, p. 143.

consolidación de la Comunidad Sudamericana de Naciones que, en sus diversas declaraciones suscritas por los Estados miembros, se establece el principio de responsabilidad compartida para adoptar un enfoque integral y sostenible del desarrollo humano y la lucha contra la pobreza. En esta visión es que se fundamenta el compromiso de los países miembros, entre ellos el Perú, de impulsar acciones y proyectos, en los cuales la sociedad civil y las autoridades locales y regionales tengan una participación protagónica y decisiva.

No solo se dedicó al estudio de los procesos de integración, sino que buscó contribuir decididamente con ellos, vinculándose a la Comunidad Andina de Naciones, desde su formación con la firma del Acuerdo de Cartagena, en la década de los setenta. Ya en los años noventa, para este brillante jurista, la globalización de la economía y la apertura internacional de los mercados trajo como consecuencia la interdependencia entre los países, y con ella, el establecimiento de convenios y tratados internacionales que crean derechos y obligaciones entre los Estados parte, en el marco del Derecho internacional.

"Estos acuerdos tuvieron, por mucho tiempo, un tema medular. En la gran mayoría de los casos, se trataba de regulaciones de carácter económico, exoneraciones tributarias, desaparición de barreras arancelarias, establecimiento de un AEC, entre otros. No obstante, en la última década se puede apreciar una tendencia a incluir y desarrollar, cada vez más, el tema social. Los procesos de integración económica involucran este aspecto, aunque a veces esto no aparece propuesto claramente en un primer momento cuando el proceso se inicia. No obstante, los efectos que estos procesos provocan en la sociedad hacen que, tarde o temprano, la dimensión social y, en particular, los aspectos laborales inevitablemente aparezcan en el análisis regional y suprarregional"(23).

Desde su perspectiva, si bien la globalización de la economía puede contribuir al crecimiento económico sin el cual no puede haber progreso social; no se trata de una condición suficiente para asegurar dicho progreso. El crecimiento, debe ir acompañado de un mínimo de reglas de funcionamiento social, de valores comunes, en virtud de las cuales los propios

(23) APARICIO VALDEZ, Luis, "La dimensión social de la integración", en *El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio*, Conferencia magistral en la Comunidad Andina de Naciones, Lima, Diciembre de 2004.

interesados tienen la posibilidad de reivindicar una participación justa en la distribución de las riquezas que han contribuido a crear.

"En la actualidad, resulta imposible esquematizar un proceso de integración sin que se tenga en cuenta, además de los factores económicos, el desarrollo de una serie de factores básicos ligados profundamente al desarrollo social; entre los que figura, en primer lugar, el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos fundamentales del trabajo. En este contexto, un tema especial en la tratativa de lograr la satisfacción de los acuerdos comerciales originados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha sido el debate acerca del *dumping* social, es decir, la forma desigual de competencia libre, encubierta en los niveles reducidos de salarios, la falta de protección y de condiciones de trabajo mínimas de los trabajadores, que pudiera interpretarse como una forma de abaratamiento y aumento de la competitividad adversa a los derechos humanos básicos"(24).

En el discurso pronunciado en el Quinto Congreso Regional Asiático, realizado en el 2004 en Corea del Sur, sostuvo(25):

> "The global process determines the economies and this affects fundamental social dimensions of the world in which people are living together. Not only about their life style levels but also in relevant aspects as migration and free circulation of persons across countries, the compatibility of social rights, the non discrimination and assimilation of cultural differences"(26).

Se puede apreciar que su visión de los procesos de integración trasciende sustantivamente la dimensión meramente económica y comercial, al considerarlos como espacios de diálogo político entre los Estados. Más allá de la integración física, se convierten en oportunidades para afrontar

(24) Loc. cit.

(25) Resaltó en todo momento la importancia en el desarrollo del Derecho laboral de los estudios e investigaciones que puedan arrojar luces sobre el posible desarrollo de la integración y sus consecuencias en el campo laboral. También llamó la atención sobre el interés que las instituciones académicas que deben asumir para apoyar en la toma de decisiones y la disminución de los riesgos de toda integración.

(26) APARICIO VALDEZ, Luis, parte del discurso que realizó en el Asian Regional Congress, efectuado entre el 23 y el 26 de junio del 2004 en Seoul - Korea.

conjuntamente retos urgentes como la protección del medioambiente y la integración energética. Al mismo tiempo, ofrecen la posibilidad de superar conjuntamente las asimetrías sociales desde un enfoque de inclusión y de la justicia social.

A pesar de los esfuerzos realizados por los Estados, para contar con desarrollos normativos comunes sustentados en el marco de los procesos de integración (ejemplos de ello; son el Tratado Simón Rodríguez el Instrumento Andino de la Seguridad Social y el Instrumento Andino de las Migraciones en el caso de la Comunidad Andina de Naciones) se debe reconocer que no se ha alcanzado el grado de cumplimiento que se habría deseado y, en general, muchos de los espacios multilaterales no se han pronunciado sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales en materia laboral, a pesar de ser todos signatarios de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo.

Las reflexiones de Aparicio Valdez en estas materias no solo consideran que los derechos fundamentales son básicos en todo proceso de integración, sino que hay otros aspectos vinculados a la calidad de vida de los trabajadores que deben tomarse en cuenta, como el caso de la migración y de la protección de la seguridad social; que son originados por el movimiento natural de capitales que se deriva de los tratados de integración comercial y económica:

> "Tenemos así la Decisión 545 de la Comunidad Andina de Naciones sobre migración laboral, que tiene como objetivo el establecimiento de normas que permitan, de manera progresiva y gradual, la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales, bajo relación de dependencia se aplica a los trabajadores migrantes andinos, quedando excluidos de la misma: el empleo en la administración pública, el cual es siempre reservado para los nacionales y aquellas actividades 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. Así, hay trabajadores que se desplazan de una manera individual, los cuales tienen que haber suscrito un contrato de trabajo bajo relación de dependencia o contar con el respaldo de una oferta de empleo del país de migración, bajo relación de dependencia. Hay trabajadores de una empresa nacional andina, que se trasladan a otro

país miembro distinto al país de origen, por un periodo superior a 180 días por disposición de la empresa para la cual laboran bajo relación de dependencia; el trabajador de temporada, también nacional andino, que viaja a otro país miembro y participa en labores cíclicas o estacionales tales como labores de carácter agrario, agropecuario, forestal, etc. Hay trabajadores fronterizos nacionales andinos que mantienen su domicilio habitual en un país miembro y se trasladan continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro país, para cumplir con su actividad"(27).

En la medida en que el proceso de integración regional se inspire en relaciones democráticas y solidarias, de respeto a la integridad territorial y a la diversidad, afirmando la autonomía y la soberanía de los Estados y la solución pacífica de las controversias, permitirán a nuestros pueblos aprovechar de estas oportunidades para alcanzar su propio desarrollo y progreso nacional, con equidad y justicia. Esto depende solo de la decisión y voluntad política de sus gobernantes.

3.3. Desarrollo de la seguridad social

La reflexión que hace Luis Aparicio Valdez con respecto al futuro de la seguridad social, nos muestra su preocupación por el impacto que tendrán en ella los procesos de desarrollo del Estado y la reestructuración del mismo, así como el necesario equilibrio entre lo colectivo y lo privado.

Para él, se mantendrán muchos retos de siempre, en especial el requerimiento de eficiencia en todas sus fuentes de acción, cuyas pautas corresponden con mayor propiedad a los especialistas de las múltiples disciplinas comprometidas con la atención social.

"Primero, que el futuro de la seguridad social se basará en estructuras flexibles que combinen las dos fuerzas sociales esto es el desarrollo del Estado y la reestructuración del Estado, equilibrio entre lo colectivo y lo privado. Finalmente, hace referencia, que el diseño del futuro, que se puede estructurar mantendrá muchos retos de siempre, en especial el requerimiento de eficiencia en todas sus fuentes de acción, cuyas pautas

(27) APARICIO VALDEZ, *La dimensión social de la integración*, cit., p. 122.

corresponden con mayor propiedad a los especialistas de las múltiples disciplinas comprometidas con la atención social"(28).

En enero del año 2000, en la Carta del Director de la revista *Análisis Laboral* señala que:

> "[...] conforme se afirma en la OIT, cada vez más las personas se encuentran inermes frente al mercado. Más aún si –como ocurre en América Latina– los trabajadores no tienen un sistema de seguridad y protección social que los cubra de los demás riesgos laborales [...]. Esta reflexión parte de la premisa de que las señales concretas antes acotadas, exigen con mayor fuerza, sólidas y sistemáticas normas de seguridad social que acompañen las normas laborales, que respondan a un sistema integral y a las necesidades del país, ya que juegan un papel muy importante al cubrir gastos de salud y de riesgos laborales que por deficiencia del sistema vienen asumiendo los empleadores, lo que seguirá encareciendo la mano de obra y, por lo tanto, se perderá competitividad"(29).

Su interés por este tema se reavivó con motivo de los profundos cambios en la legislación con respecto a la seguridad social, señalando que:

> "En muchos países de América Latina la seguridad social se encuentra frente a una encrucijada. Algunos piensan que debería seguir beneficiando a todos por igual, sin hacer diferencias y que la solidaridad social debe ser organizada por el Estado, el único que está en situación de hacerlo. Otros, en cambio, sostienen que la seguridad social debe dirigirse sola y exclusivamente hacia las necesidades sociales de los pobres y de los indígenas. Las otras prestaciones deberían gravitar en una esfera de previsión y de protección social regida por las leyes de mercado. Si esta es la polémica, está fuera de duda que una verdadera y profunda reforma de la seguridad social no se logra sin

(28) APARICIO VALDEZ, Luis, "La reforma de la seguridad social: perspectivas y proyecciones", en *XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bolivia, 1995, T. III, p. 76. Igualmente, desarrolla el tema en su libro *La Seguridad Social en el Grupo Andino* editado por la Universidad del Pacífico.

(29) APARICIO VALDEZ, Luis, "Carta del director", en *Análisis Laboral*, N° 275, Lima, 2000.

que evolucionen dentro de la sociedad, actitudes, comportamientos, patrones políticos y realidades económicas, consideradas en un plano más general"(30).

Siempre resaltó, en distintos medios, la necesidad de contar con una adecuada y equilibrada reestructuración integral de los sistemas de pensiones en el Perú(31). Un aspecto crucial sobre el que nos llama la atención en forma permanente es el relativo al alejamiento de los sistemas de pensiones privados con respecto a los principios fundamentales de la seguridad social y de los propios marcos constitucionales(32):

> "Estamos ante un escenario de estudio y debate, investigación e intercambio. La salud y el mantenimiento de los trabajadores tras la edad de retiro, van más lejos que la simple oposición entre lo público y lo privado. Tienden seguramente hacia la búsqueda sostenida del equilibrio entre estas esferas, el cual es parte del problema mayor de un diseño social que integre con eficiencia y la equidad"(33).
>
> "Un elemento esencial y definitorio es el avance de la doctrina económica. Una ola de liberalismo económico recorre América Latina, salvo las excepciones de ley, y a su paso destaca el individualismo y echa dudas sobre el principio de solidaridad. Entra en discusión el apoyo inter e intra generacional y tanto en materia de salud como de pensiones se propone que lo realmente justo es que el afiliado debe obtener beneficios en relación directa con su aporte"(34).

Justamente por ello, le otorga una importancia sustancial al rol regulador del Estado y alerta sobre el desatino que, en su opinión, constituyó la desactivación de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones:

---

(30) APARICIO VALDEZ, "La idea moderna del Derecho laboral", cit., p. 21.

(31) APARICIO VALDEZ, "Carta del director", en *Análisis Laboral*, N° 283, Lima, 2001.

(32) APARICIO VALDEZ, *La reforma de la seguridad social: perspectivas y proyecciones*, cit., p. 37.

(33) Ibídem, p. 38.

(34) Ibídem, p. 40.

> "Siempre hemos pensado que fue un grave error desactivar a la SAFP, que era el ente encargado de fiscalizar al sistema privado, revitalizarlo, realizar seguimiento del mismo, proponer cambios técnicos, algo muy importante, defenderlo [...] y se transfirieron sus funciones a la Superintendencia de Banca y Seguros que no es un órgano indicado para cumplir todas ellas. Cuando se quiera de verdad buscar el camino correcto, serio, responsable, tendrá que ser a través de la creación de un sistema de varios pilares, uno de los cuales bien importantes, es el Sistema Privado de Pensiones, adecuadamente súper vigilado por un órgano técnicamente competente, con autoridad y compromiso para cumplir su labor"(35).

Asimismo, resalta la importancia de las medidas de la Comunidad Andina de Naciones con relación a la seguridad social en la región sobre la migración laboral:

> "La Decisión 546 sobre Seguridad Social de la Comunidad Andina de Naciones: el tema de la seguridad social es también muy importante, porque sin ella quienes se trasladan de un país a otro pueden quedar sin protección en materia de salud y perder sus derechos en cuanto a atenciones, cosa que por cierto se debe evitar. Este también es un instrumento que tiene difícil aplicación porque la seguridad social nacional o pública de los países del Grupo Andino, como regla general, se encuentra en mala situación, pero las bases ya están sentadas y en cualquier momento pueden regir estas normas"(36).

3.4. Otros temas

Luis Aparicio no solo es un gran *iuslaboralista*, sino además, un maestro que se interesa también en otros temas fundamentales tal es el caso de la enseñanza del Derecho en general, como preocupación nacional y latinoamericana. Así, en múltiples artículos reseña la evolución de las reformas

(35) APARICIO VALDEZ, "Carta del director", en *Análisis Laboral*, N° 283, cit.

(36) APARICIO VALDEZ, *La dimensión social de la integración*, cit., p. 122.

educativas en la enseñanza del Derecho acontecidas en América Latina y señala la necesidad de una efectiva reforma en este terreno, la cual debe ser continua, teniendo un panorama claro de los objetivos que se quieren lograr. Señala la necesidad de tener una enseñanza que parta desde la realidad y para la realidad social con un pensamiento crítico:

> "The continuous evaluation of university law education and its links with the social reality for which it is intended order to achieve its objectives is absolutely indispensable for its improvement. Every educational process requires an appropriate diagnostic and for that it is necessary that that the universities have services to reinforce their 'self knowledge' and self- criticism are indispensable attitudes for fostering change"(37).

De similar trascendencia es su reflexión sobre la enseñanza y el proceso de transmisión de conocimientos del Derecho laboral en las universidades. Señala que el catedrático universitario debe, además, de conocer las ciencias sociales y otras disciplinas que se insertan con lo jurídico, tener valores con respecto a la realidad social. Esta visión multidisciplinaria de la enseñanza del Derecho laboral es importante y muy actual. Las ciencias sociales tienen disciplinas que comparten el objetivo de comprender la realidad y tienen un importante componente normativo.

"The responsibility that falls on labor law teachers to determine what sort of jurist the university and society want to form can obtain an answer insofar as they are ready to face; that is why, in university reform plans, special relevance is assigned to the teacher's formation, which is the central figure in the process of transmitting knowledge and teaching [...] we have also said he must be a critic or censor, who assesses Law from outside from is moral, political, economic or social perspective. Such an evaluation implies un the evaluator a certain degree of knowledge about social, economics and other realities un which the juridical phenomenon is inserted and on which it exerts its effect"(38).

---

(37) APARICIO VALDEZ, Luis y RASO-DELGUE, Juan, "Teaching labor law in Latin American Universities", en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, N° 3, 2002, Vol. 23, p. 768.

(38) Ibídem, p. 761.

Igual atención puso en la necesidad permanente de realizar investigaciones y resaltó en todo momento la importancia de desarrollar, permanentemente, el Derecho laboral:

> "Los estudios e investigaciones que puedan arrojar luces sobre el posible desarrollo de la integración y sus consecuencias en el campo laboral, deben merecer el mayor interés de las instituciones académicas, pues son de gran utilidad para la toma de decisiones y la disminución de los riesgos de quienes transitoriamente pudieran perjudicarse"(39).

4. PERSPECTIVA HUMANISTA

Luis Aparicio es un gran jurista reconocido como tal por todos los que conocemos su trabajo a través de artículos permanentes, ponencias, ensayos y libros, y toda su producción jurídica tiene una perspectiva humanista. Humanismo en el sentido renacentista que no era una ideología ni una tendencia filosófica determinada; por el contrario, podía llamarse humanista a personajes de tendencias diferentes como Miguel Ángel, Leonardo de Vinci, Maquiavelo, entre otros, que buscaban resaltar lo humano de acuerdo con la cultura clásica griega.

Más exactamente, en el sentido kantiano del imperativo categórico que utilizamos el mencionado término: el ser humano como fin y no como medio. Al respecto, es importante recordar que Kant diferencia el imperativo categórico del hipotético; este último está condicionado por circunstancias como la utilidad, la ganancia, el resultado en general; en cambio, el imperativo categórico es incondicionado (el que hace obras sin esperar nada a cambio), se cumple con el deber por el deber mismo. Según Kant el deber nos hace libres y la libertad nos hace persona(40):

> "En toda creación, todo lo que se desea o todo aquello sobre lo cual se tiene algún poder puede ser empleado *como simple medio*;

(39) APARICIO VALDEZ, "Aspectos laborales de la integración en América", cit., p. 143.

(40) La palabra persona etimológicamente proviene del latín *personare* que significa máscara, de donde pasó a utilizarse como actor, personaje representado y protagonista de la vida en el gran teatro del mundo.

> el hombre solo, y con él la criatura racional, es *fin en sí*. Porque, gracias a la autonomía de su libertad, es el sujeto de la ley moral, que es santa. Por esto, toda voluntad, aun la voluntad propia de cada persona, la voluntad individual, está sujeta a la condición de conformarse con la autonomía de ser racional, es decir, a la de no someterla jamás a un objeto que no sea posible, según una ley derivada de la voluntad del sujeto mismo que sufre la acción, y, por consiguiente, de no tratarle jamás como un simple medio, sino como un fin en todo caso"(41).

Esta perspectiva consiste en poseer una actitud amplia de espíritu, el interés por los problemas humanos, la afirmación constante de la dignidad humana y el apasionamiento por el progreso de la humanidad(42). Es decir, además de ser un respetable académico es ante todo un humanista que siempre plantea en sus diversos trabajos que la sociedad debería tener como fin supremo al ser humano.

Su vocación humanista lo llevó a alejarse de las especialidades y lo orientó más bien hacia aquella de las disciplinas jurídicas, que es el verdadero derecho común: el Derecho laboral. Desde ahí le fue posible revisar y desarrollar los cimientos del orden jurídico y contribuir a la evolución del Derecho y a su permanente adaptación a las circunstancias históricas cambiantes.

Como un auténtico intelectual, no puede cultivar una inquietud sin sentir la necesidad de comunicar lo que ha aprendido y de enriquecer sus propias perspectivas en el diálogo con sus alumnos; de ahí que esta preocupación por el Derecho laboral lo lleva en 1962 asumir dicha cátedra en

---

(41) KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Editorial Mestas, Madrid, 2000, p. 126.

(42) "Nadie ha amado tanto la palabra humanidad como Herder [...], en su obra capital *Ideas sobre la filosofía de la historia de la humanidad,* no quiere significar con ello solamente la historia externa de la humanidad real, sino que humanidad es para él al mismo tiempo el compendio de la perfección humana y también esta perfección tiene su historia, sufre una evolución tanto en lo particular como en la humanidad total. Existe en nosotros la tendencia a la humanidad en virtud de nuestro ser de hombres, pero, sin embargo, debe madurar en nosotros lo humano" (LANDMANN, Michael, *Antropología filosófica: auto interpretación del hombre en la historia y en el presente*, Editorial Hispano Americana, Ciudad de México, 1961, p. 38). Un texto general del humanismo en la obra de SOBREVILLA, David y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (edits.), *Lógica, razón y humanismo: la obra filosófica de Francisco Miro Quesada C.*, Universidad de Lima, Lima, 1992.

la Universidad del Pacífico, la que ejercerá hasta el año 1986. En 1993 fue profesor de Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a partir de 1996 fue catedrático de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima(43).

En esos años de profesor, supo captarse no solo el respeto que le acreditaba su talento sino, lo que es más difícil para el maestro, el cariño de sus alumnos que supieron aquilatar debidamente sus virtudes de hombre probo y desprendido, ajeno a las sensualidades del dinero o del poder. Alumnos que pudieron ver en él un ejemplo de sincera vocación por el Derecho, de honradez intelectual, de tolerancia y absoluta modestia.

Además, convencido de que el Derecho no es un conjunto de formas más o menos anquilosadas de carácter cuasisagrado, sino la expresión de la vida misma de un pueblo que tiene que ir organizándola dentro de un contexto cambiante, no ha vacilado en aceptar el desafío de las nuevas circunstancias históricas:

> "En el Perú seguimos en la búsqueda de un derecho justo, equitativo, que proporcione trabajo decente con responsabilidad social, que permita el desarrollo personal con una visión de la realidad que favorezca el desarrollo del empleo y la productividad. Para ello se requiere no solo mantener los principios esenciales del Derecho del trabajo, sino también adoptar un enfoque más a tono con los tiempos y edificar un sistema de relaciones laborales distinto. Ese es el reto"(44).

Un aspecto que es importante poner de relieve al tratar la perspectiva humanista de la producción jurídica de Luis Aparicio, es el elemento moral que persiste a lo largo de toda su obra y se manifiesta en forma, particularmente, clara en el desarrollo de los temas fundamentales tratados. Y

(43) También desde 1996 es Profesor Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo, y de la Facultad de Ciencias de la Comunicación, Programa de Relaciones Industriales de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

(44) Exposición del doctor Luis Aparicio Valdez, en la ceremonia reciente de su incorporación como Académico de Número a la Academia Peruana de Derecho, con el tema *Vicisitudes del Derecho de trabajo en el Perú*. Acto académico realizado en el Colegio de Abogados de Lima, el 28 de agosto de 2007.

lo que encontramos interesante, en cada uno de ellos, es la motivación que lo llevó a adoptar dicha posición[45].

Podemos discrepar en sus planteamientos sobre la integración regional o sobre la seguridad social. Pero lo que se debe destacar hoy, es el común denominador que existe en el enfoque. La motivación en el acto de tomar partido es básicamente moral: se trata de una opción. Esta es la actitud de auténtico humanista, a la que me he referido; dentro de la cual caben múltiples posiciones y soluciones, pero que todas ellas toman como punto de partida una preocupación que trasciende el orden positivo y pretende enraizarse en los fundamentos del actuar del hombre.

5. PROMOTOR DE INSTITUCIONES LABORALES

No captaríamos suficientemente la personalidad del doctor Luis Aparicio si nos limitáramos a reseñar su producción jurídica y no destacáramos su aporte de promotor infatigable de instituciones laborales en nuestro país[46]. Es decir, además de ser un distinguido jurista que siempre marca una pauta en el campo laboral, ha participado activamente incentivando la creación de nuevas instituciones laborales, organizaciones académicas, y que gracias a su trabajo fructífero ha hecho posible que el Derecho laboral se desarrolle.

En 1982 fundó la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT), de la que es su actual Presidente. Dicha institución es parte a nivel mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo (AIRT)[47],

---

[45] "Tendremos, pues un nuevo Derecho del trabajo y de la [sic] seguridad social, acorde con los tiempos, pero siempre firme en su inspiración humanista" (APARICIO VALDEZ, Luis, *La reforma de la seguridad social: perspectivas y proyecciones*, cit., p. 38).

[46] La idea de institución como reglas de interacción humana (DOUGLAS, Nort, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Capítulos I y VIII, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1993).

[47] La AIRT fue creada en 1966 para responder a la creciente necesidad de desarrollar e intercambiar conocimientos sobre las relaciones laborales a nivel internacional, ofreciendo a los académicos y profesionales un foro para el debate y la investigación. Promueve el estudio de las relaciones de trabajo en todo el mundo estimulando el establecimiento de las asociaciones nacionales especializadas en este campo, facilitando el desenvolvimiento de la información acerca del desarrollo de las relaciones de trabajo, promocionando investigaciones y publicaciones en forma internacional y organizando congresos regionales a nivel mundial.

importante entidad académica que analiza los temas del trabajo desde una perspectiva multidisciplinaria[48].

En 1988 fue miembro fundador convocante de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), como filial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el 14 de julio, conjuntamente con los doctores Mario Pasco Cosmópolis y Roger Zavaleta Cruzado[49].

La finalidad principal que persigue esta sociedad, según su acta de fundación, es el desarrollo de esta disciplina del Derecho laboral y de la seguridad social a través de la investigación multidisciplinaria: "Promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario, promover el conocimiento del Derecho del trabajo, así como de la Seguridad Social"[50].

Asimismo, a lo largo de su carrera ha asumido diversos cargos públicos, ocupó el cargo de Presidente en la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo, Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho laboral del Colegio de Abogados de Lima. También fue consultor de la Junta de Cartagena, elaborando el estudio que permitió la creación del Instituto Laboral Andino que actualmente integran 16 Confederaciones de Trabajadores. No se

---

(48) El año 2003, Luis Aparicio Valdez, fue el primer latinoamericano electo presidente de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo. Y en el 2006, en ejercicio de este cargo, organizó su XIV Congreso Mundial "Social Actors, Work Organization and New Technologies in the 21 Century", que se realizó en el Perú en las instalaciones de la Universidad de Lima en el mes de septiembre.

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

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

puede dejar de mencionar que fue condecorado por el Gobierno peruano con la Orden del Trabajo en 1973, con el grado de Gran Oficial y con el Grado de Comendador por el Tribunal Superior de Trabajo del Brasil.

Nos enseñó que el éxito y la fama no son incompatibles con la humildad, que se puede trabajar institucionalmente conservando la diferencia sana y el debate alturado[51]. En la SPDSS siempre tuvo intervenciones y comentarios de hombre prudente y tolerante; nunca quiso entrar a una polémica inútil y sencillamente, con ese fino espíritu del humor que le caracteriza, resolvía los problemas[52].

Luis Aparicio no se ha complacido voluptuosamente con la dirección de las instituciones laborales que fundó ni ha buscado el halago del reconocimiento público, ni la íntima satisfacción del aplauso. No ha sido tampoco mercenario de su talento, el que no ha puesto jamás al servicio del poder político o económico, ni ha sido defensor de forzadas situaciones jurídicas. Por el contrario, ha huido siempre de las situaciones expectables, a las que ha llegado al impulso de quienes han sabido valorar sus innegables méritos.

Otra característica de su trayectoria, es que siempre se interesó en el estudio de esta disciplina, pero no solo desde las elucubraciones mentales de tantas distinguidas figuras, sino que, además, siempre motivó que partiéramos de nuestra realidad, ubicando los problemas y reconociéndolos con gran objetividad y proponiendo alternativas de solución, vinculándolas con otras ramas de la disciplina como la Economía, la Sociología y otras que podrían aportar al Derecho laboral.

Otro de sus aportes al mundo del Derecho laboral fue la creación de la revista *Análisis Laboral*, acompañada del Informe Laboral como rol complementario, que acaba de cumplir treinta años, durante los cuales ha efectuado importantes estudios sobre la temática socioeconómica laboral, tanto

(51) Siempre trabajó en grupo en la revista *Análisis Laboral*, manteniéndose el mismo equipo de investigación hace más de 30 años: Jorge Bernedo Alvarado, Alfredo Chienda Quiroz, Aldo Vértiz Iriarte, además de la incorporación de Anna Vilela Espinosa.

(52) La tolerancia ha sido y es una de sus más notorias virtudes. Allí se marca el peso de su rectitud, de su consejo sabio y de su bondad. Además, siempre ha reconocido el mérito de otros, como bien se puede apreciar en los estudios realizados en homenaje de la SPDTSS a cinco personalidades que impulsaron la legislación del trabajo y de la seguridad social en el Perú (APARICIO VALDEZ, Luis, "Elogio a cinco precursores de la legislación del trabajo en el Perú", en *Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Trujillo, 2004).

a nivel nacional como internacional. La revista *Análisis Laboral* es miembro del Club Internacional de las publicaciones del trabajo (Club Of Labour Law Journals), conformado por un grupo de revistas especializadas cuyo objetivo es la difusión de las investigaciones y pronunciamientos en materia de Derecho laboral[53], cuya fecunda trayectoria constituye un importante aporte al desarrollo del país, al informar en forma permanente sobre los aspectos de la realidad laboral y las causas que influyen en ella.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Valgan estas líneas hasta acá vertidas como pálido homenaje gracias a los miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de honrar en vida a un hombre de notables cualidades intelectuales, las que le han valido gozar del aprecio unánime de los laboralistas. Por ello, hemos vuelto la mirada hacia el pretérito y evocamos el ejemplo y la obra de Luis Aparicio Valdez que sigue iluminando nuestra ruta en este esfuerzo por la realización de los altos valores del bien común, justicia, paz social, y estoy seguro trascienden los límites temporales de la existencia humana.

Luis Aparicio Valdez no es solo un extraordinario especialista en materia laboral. Ante todo, es un jurista y un hombre de Derecho en el cabal sentido de la palabra. Por lo cual, es indispensable analizar sus aportes jurídicos desde la perspectiva humanista con la que él ha abordado siempre el ejercicio del Derecho del trabajo, especialmente al encarar los múltiples retos que nos plantea, en este terreno, la realidad de nuestro país.

De ese modo podremos apreciar que sus principales aportes no solo persiguen modernizar la legislación laboral peruana, poniéndola a la altura de los estándares internacionales; sino ante todo, buscan promover en la sociedad peruana, una nueva visión de las relaciones laborales, sustentada no solo en el crecimiento y la productividad; sino principalmente, en una nueva ética que las humanice y racionalice sobre la base de la equidad, la justicia y el desarrollo humano.

---

(53) Análisis Laboral es la única publicación miembro del mencionado club que no pertenece a un país desarrollado: Arbeit und RechtKassel (Alemania), Australian Journal of Labour Low (Australia), Bulletin de Droit Comparé du travail et de la Securité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Lamparative Labopr Law and Policy Journal, (Estados Unidos), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Japan Labor Bulletin (Japón), Relaciones Laborales (España), Lavoro e Diritto (Italia), The Industrial Law Journal (Gran Bretaña).

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO DEL TRABAJO Y GLOBALIZACIÓN

Alfonso DE LOS HEROS P.A.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema normativo frente al comercio internacional. 3. Cláusulas sociales en el comercio internacional. 4. Reflexiones frente al TLC entre el Perú y los Estados Unidos de América. 5. A manera de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, la globalización de la economía ha provocado modificaciones en la legislación laboral de diversos países y ha desatado numerosas polémicas en las que no solo han intervenido iuslaboralistas sino también economistas y gobiernos.

En general, el debate gira en torno al efecto que pueden haber tenido los regímenes laborales excesivamente protectores como freno a la movilización laboral en periodos de cambios en la economía, sobre todo en los periodos de ajuste de las economías en desarrollo. Por ello, se han puesto en práctica en muchos casos políticos, laborales, flexibilizadoras o desreguladoras y, aún más, se ha sugerido que la propia OIT revise las normas internacionales por resultar excesivas u obsoletas para los cambios que se están produciendo.

La propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya en las "Memorias del director general" correspondientes a los años 1994 y 1995, señalaba certeramente estos problemas al manifestar la necesidad de revisar la normativa internacional para evitar un mal uso de los convenios, o una tendencia a no ratificarlos o, lo que es peor aún, a la posibilidad de aprobarlos, no ratificarlos y aplicarlos en las legislaciones nacionales de manera arbitraria, señalando también la importancia de políticas positivas en los casos en que el reajuste económico lleve a la necesaria modificación de políticas laborales, a fin de facilitar la ampliación de los mercados, la transferencia de los recursos, la readaptación profesional y la movilidad geográfica(1).

Es interesante anotar que la normativa laboral y la negociación colectiva si bien juegan un papel importante en este panorama, puesto que marcan caminos y tendencias, ha resultado mucho más gravitante el rol que han jugado en materia de regulación los economistas en los distintos gobiernos, ocupándose menos de los efectos jurídicos de la flexibilización laboral y la desregulación y preocupándose más bien de desmontar el garantismo inflexible o excesivo que podían contener las normas y políticas laborales, en el entendimiento que en procesos de cambio económico debe destrabarse al desarrollo de todo obstáculo que se le presente.

Así, es notoria la tendencia a disminuir los sobrecostos laborales, a permitir una mayor libertad de contratación, a dejar liberado al juego del mercado la mayor parte de condiciones en que se desarrolla la condición laboral, a eliminar las ineficiencias y a hacer depender de la productividad la permanencia en el empleo. Muchos iuslaboralistas han visto en esta tendencia una especie de retorno al Derecho civil, en esa especie de efecto no deseado que produjo la Revolución francesa con su libertad e igualdad.

Sin embargo, cabe señalar que, cada vez más, se está entendiendo, y ello también ocurre en el caso peruano, que el Derecho del trabajo no niega ni es enemigo de la eficiencia y la productividad pero, al mismo tiempo, por su carácter protector busca el equilibrio de estos factores con la justicia social.

En otras palabras, el Derecho del trabajo y la economía que siempre han marchado juntos en la historia, dominando en mi opinión la segunda

(1) "Preservar los valores, promover el cambio, la justicia social de una economía que se mundializa: un programa para la OIT", Octogésima primera reunión, 1994; "Promover el empleo", Octogésima segunda reunión, 1995.

al primero, están en este momento en una tensión que pretende desde el punto de vista económico dejar que el mercado funcione y hacer que el Estado no intervenga y desde el punto de vista del derecho del trabajo, continuar protegiendo en lo posible, aún reconociendo la necesidad de un determinado nivel de flexibilidad.

Lo que ocurre en países como el Perú, es que nos encontramos en el tránsito del ajuste al desarrollo y no se ven resultados tangibles en materia del crecimiento del empleo.

La OIT, por su parte, insiste en que la reforma económica debe ir acompañada de una eficacia empresarial con sentido humano que contribuya a un desarrollo sostenible.

2. EL PROBLEMA NORMATIVO FRENTE AL COMERCIO INTERNACIONAL

Las críticas más importantes a los diferentes modelos de normativa laboral se basan principalmente en que una tendencia tiene un carácter excesivamente ideológico sin mayores fundamentos en la realidad, o bien, que la otra tiene un carácter economicista y cortoplacista.

Se critica por ello la flexibilización en la contratación como forma de promover la formación de empleo por considerarse que esta puede resolver un problema coyuntural pero, a la larga, atentará contra la calidad del empleo, por lo cual debe asumirse la decisión de si es mejor invertir más en empleos de calidad que permitan una mejor competitividad o si es mejor hacer crecer el empleo sin preocuparse de la calidad, lo cual a la larga deteriora al empleo mismo.

Como señala Von Potobsky, "en líneas generales, la política a seguir debería tender a la creación de un piso o zócalo en materia salarial y de condiciones de empleo, de manera que este se convierta en un costo de producción fijo, ajustando a la alza a las empresas para lograr una mayor productividad, introducir nuevas tecnologías, racionalizar el proceso productivo e innovar la producción"(2).

(2) VON POTOBSKY, Gerardo, "La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía", en *Revista de Relasur, estudios e investigación*, Nº 6, Montevideo, 1995.

Resulta pues ilustrativo de acuerdo con este criterio que la normativa laboral resulta de importancia para determinar un marco de garantía mínimo que permita un empleo de calidad basado en factores de eficiencia frente a factores de precariedad en el empleo.

De acuerdo con ello, se trata de levantar o construir un adecuado mercado de trabajo y no de frustrarlo o de destruir lo poco que pueda haberse hecho en esta materia, no simplemente abaratando la mano de obra sino haciéndola eficiente y productiva, tal como afirma el mismo Von Potobsky.

En el caso peruano, este criterio nos llevaría a pensar que el gobierno debe producir una política que promueva, en primer lugar, la educación y la formación profesional y, en segundo lugar, el comercio exterior y la promoción industrial, agroindustrial y productiva en general.

En este panorama, la continuidad en el empleo debe estar dada como resultado de la formación y de la capacitación, es decir, de la calidad, porque ello implica una importante inversión del empleador, de tal manera que la flexibilidad de ingreso y de salida al trabajo disminuyan por razón natural y no tengan que estar gobernadas por factores externos de tipo ideológico o supuestamente social, consagrados en una normativa rígida.

También es indispensable una flexibilidad funcional porque hoy en día la tendencia es clara hacia el tipo de trabajador plurifuncional, debido a la reestructuración tecnológica, el trabajo en equipo y la versatilidad productiva, suponiéndose que a la larga, a menor rotación habrá mayor productividad.

Debe evitarse el movimiento pendular de la normativa laboral que simplemente reacciona a situaciones de presión social o de ausencia de un mercado laboral bien estructurado, pensando que la protección absoluta contra el despido resultaba positiva cuando, en realidad, ha sido y es al revés. Sin embargo, tampoco debemos pasar al extremo de establecer como sistema al fantasma del desempleo, porque ello impide el progreso del mercado de trabajo.

Hay que repetir entonces, que la continuidad, producto de la calidad del empleo será la mejor garantía para aumentar los niveles de este sin perjuicio, desde luego, de la flexibilidad ocupacional y funcional indispensables para el desarrollo de las empresas.

La normativa tiene pues como objeto crear condiciones, establecer un marco, señalar un camino, debiendo abdicar del criterio de reacción frente al imperfecto funcionamiento del mercado, pues ello convierte a la norma en coyuntural o en irracional.

Lo que resulta más importante de resaltar es que en ningún caso el derecho del trabajo dejará de ser un derecho protector, por lo cual no es que se va a convertir en un nuevo derecho como muchos podrían pensar sino que, como lo demuestra la historia, es un derecho en permanente proceso de adaptación pero dentro de una misma línea: la protección del trabajador.

Cuando en el artículo 58° de la Constitución de 1993 se habla de economía social de mercado y de promoción del empleo, no se está hablando entonces de otra cosa que de un modelo en el que los principios de la economía van de la mano con criterios sociales.

Tales conceptos sociales en materia laboral son flexibles y adaptables, deben tender a promover la autonomía colectiva, deben educar y capacitar y deben estar presentes en los momentos en que el mercado por si solo no puede resolver todos los problemas, ya que no se puede dejar a los trabajadores librados a su suerte en momentos de crisis, en que la población laboral activa no tiene todavía la fuerza de la calidad y de la adaptabilidad, para evitar los efectos del desempleo.

De hecho, ocurre en la realidad que, al organizarse una economía de manera flexible para lograr competitividad internacional en un mundo globalizado, se afecta los niveles de protección, por lo cual, la única forma de evitarlo, es mediante el crecimiento económico acompañado de las medidas sociales antes señaladas, que implican una red formada por la normativa flexible pero protectora, por la educación y la capacitación y por la orientación de la economía en un modelo competitivo exportador.

"No es raro que los debates en torno a estas cuestiones tengan la vehemencia de una contienda religiosa. Mientras unos acusan apasionadamente a los otros de querer destruir una protección social duramente conquistada desde el siglo XIX por los trabajadores (a juicio de algunos, a raíz de una lucha de clases sin piedad ni flaqueza), otros señalan que la protección social está perjudicando a quienes deberían beneficiarse de ella porque provoca una pérdida de competitividad y la consiguiente desaparición

de empleos. Pero hay que rechazar la rigidez y el simplismo de esos dos puntos de vista"(3).

En efecto, debe evitarse toda rigidez normativa precisamente para que no prevalezcan normas que resulten ineficaces, sobre todo en un derecho, como el Derecho del trabajo, que por ser protector, en caso de perder eficacia, traería por tierra su propio sentido de protección.

Hay que tener cuidado, sin embargo, con la tendencia de hacer participar cada vez con mayor frecuencia a los economistas en el dictado de las normas, especialmente, en las normas laborales, y pretenden sujetar al marco económico general o al proyecto macroeconómico que debe manejar todos los aspectos vinculados a las relaciones de trabajo y a las disposiciones en materia de empleo, por lo cual, la única forma de asegurar que esta normativa no caiga en la rigidez que estamos rechazando es exigiendo en los economistas que rigen los programas económicos una mayor sensibilidad a los problemas sociales o que tengan una mayor preparación en esta área, o bien, como sería más lógico, encargando a los juristas especializados la formulación de la normativa pero teniendo en cuenta la solución equilibrada de los factores económicos y sociales.

La situación ideal es la de una combinación de especialistas que por tener que ver con las normas en juego puedan formular un proyecto equilibrado, tal como ya se ha ensayado en nuestro país. Esta es la única manera de asegurar la viabilidad y eficacia de la norma, de medir el costo de las reformas y de conocer la realidad sobre las que se aplican. Así, nos alejaríamos de los fundamentalismos o deformaciones propias de ambos tipos de especialistas y que consisten en la falta de contacto que muchos juristas tienen con la realidad o en la frialdad quirúrgica con que muchos economistas convierten en números los hechos sociales.

No hay nada peor que dictar normas que no son necesarias o que nadie ha pedido, así como dictar normas porque alguien las pide aunque no obedezcan a la realidad.

"En primer término, deberían estudiarse de la forma más libre y abierta posible los vínculos entre la protección de los trabajadores y el desarrollo económico. Hoy en día ya nadie duda que el empleo está en el centro de

(3) JAVILLIER, Jean Claude, "Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo - reflexiones de un especialista en derecho del trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, Nº 4, Ginebra, 1994, pp. 551-569.

toda la problemática del trabajo y las relaciones profesionales. Pero para sacar todas las consecuencias posibles en materia normativa es preciso dar pruebas de audacia. En segundo término, las relaciones entre el individuo y el grupo ya no pueden considerarse del mismo modo que en un pasado reciente. La evolución que se ha presenciado nos debe enseñar que, sobre todo en el ámbito de la empresa, ya no puede insistirse en mantener las modalidades clásicas que regían la relación entre el trabajador y la comunidad de trabajo a que pertenece; además, aunque esto se manifieste en forma más compleja y sutil, tampoco son invariables las relaciones entre dicho trabajador y los diferentes grupos o categorías a que pueda pertenecer en distintos momentos a lo largo del tiempo"(4).

Resulta evidente que el carácter expansionista del Derecho del trabajo tiene un límite: la propia realidad, esta ha cambiado el sistema que hacía posible el crecimiento de este derecho pues ya no tenemos como prototipo del trabajador al obrero industrial que trabaja por cuenta de un empleador a tiempo completo y a plazo indeterminado. Ahora está haciendo su ingreso en el mundo laboral el trabajo atípico, los *part time jobs*, los trabajos intermitentes, la tercerización, la empresa virtual, el trabajo a distancia, el trabajo a domicilio y muchas modalidades que se basan principalmente en la organización de la economía, que a su vez cambia la organización de la vida social y no permite al mundo asalariado otra elección que entrar al sistema, pues de lo contrario quedarán fuera de él. De allí pues la eficacia que se exige a la normativa laboral para que proteja hasta tal punto que no perjudique el empleo y que a su vez le permita crecer.

"La urbanización, la informática, la robotización fueron inventos o procesos milagrosos que, según algunos, expulsarían a los demonios de la soledad, del esfuerzo penoso, de la excesiva subordinación personal. Se depositó demasiada confianza en ellas y eso explica muchas desilusiones y cierto resentimiento social. La vida urbana ha quebrantado la solidaridad social y comprometido la autosuficiencia económica. Por otra parte, la informática ha logrado crear medios nunca vistos de control de la actividad humana, mientras que la robotización ha contribuido a reducir cuantitativamente el trabajo humano: en muchos casos, ya no es preciso que el trabajador esté presente junto a las máquinas y cada vez es mayor el desempleo de los trabajadores no calificados. Ninguno de

(4) Ibídem, p. 561

estos fenómenos se refleja, salvo en forma muy parcial, en el derecho (internacional) del trabajo"[5].

"Hacen falta normas que garanticen una protección mínima para que la economía sea cada vez más libre, sin provocar excesos o abusos que pudieran desencadenar reacciones peligrosas tanto para la economía como para la democracia renaciente"[6].

Esta importante afirmación reitera lo que hemos venido diciendo hasta ahora: no podemos consolidar una economía viable y una democracia eficaz si no cuidamos de manera especial que se respeten algunos mínimos indispensables que permitan la promoción del trabajador, que no constituyan cargas excesivas para las empresas, que permitan la competitividad y que sirvan de complemento al desarrollo como única manera de participar en el mundo moderno del tercer milenio en condiciones adecuadas para competir y progresar.

Todo esto nos lleva también a pensar en los protagonistas de la cuestión social o laboral, como se la quiera llamar. Resulta indispensable a la luz de lo dicho hasta ahora que el orden social laboral se base en un verdadero acuerdo democrático entre el gobierno como responsable de lograr determinadas metas económicas, de los empleadores como agentes de desarrollo en el mercado y de los trabajadores como elementos activos o "causa eficiente de la riqueza" como los denomina la doctrina social de la Iglesia. El empleo, pues, dentro de esta perspectiva, debe tomarse en su dimensión más amplia, que abarca lo económico y lo social.

Si se otorga máxima importancia a los contextos económicos y sociales, tendrian que lograrse que las normas laborales que reflejasen una nueva sinergia entre derecho y economía, entre protección social y desarrollo económico, entre producción y participación, entre heteronomía y autonomía. Sepamos seguir siendo juristas intransigentes cuando se trata de valores absolutos, es decir, siempre que se trate de cuestiones relativas a la dignidad del hombre en el trabajo y al desarrollo de la democracia, pero sepamos ser flexibles cuando se trata de contribuir a la prosperidad de las empresas y a la libre competencia económica, sin las

(5) Ibídem, p. 563.

(6) BARTOLOMEI, H.G., "Renovar para consolidar", citado por JAVILLIER, "Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo - reflexiones de un especialista en derecho del trabajo", cit., p. 564).

cuales nunca podrá haber una protección duradera para los trabajadores ni una real libertad para los ciudadanos(7).

3. CLÁUSULAS SOCIALES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

La liberalización del comercio mundial debería dar lugar a condiciones de justicia en las relaciones económicas y al mismo tiempo a un aprovechamiento social de los beneficios provenientes de dicha liberalización.

"Se percibe que de manera natural y lógica la liberalización del comercio parece exigir, por lo menos, el reconocimiento en el plano social de las condiciones que deben garantizar a los trabajadores de negociar libremente en el plano individual y en el plano colectivo sus condiciones de trabajo [...] para promover el paralelismo entre el progreso social y la liberalización del comercio, con el incremento de las oportunidades y los ajustes necesarios que esta última conlleva"(8).

Sin embargo, en la reunión del GATT (por sus siglas derivadas del ingles *General Agreement on Tariffs and Trade* o Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, en español), en Marrakesh, en abril de 1994, se intentó sin éxito incluir el tema social presentando las ventajas comparativas de los países en desarrollo como formas de "dumping social". La cuestión está en distinguir entre aquellos países desarrollados, que lo que buscan es tal vez un simple proteccionismo, y aquellos que tienen genuinos sentimientos o preocupaciones por los derechos humanos en dichos países.

Estados Unidos y Francia realizaron coordinaciones previas a la firma del Acta final del GATT (15 de abril de 1994) sobre un añadido que faculte a la nueva Organización Mundial del Comercio para tratar los problemas comerciales en función de sus componentes laborales... las coordinaciones previas a la firma del GATT podrían implicar el riesgo de un giro proteccionista bajo nuevos argumentos, en un ambiente que debiera conducir a mayores niveles del comercio libre(9).

---

(7) JAVILLIER, "Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo - reflexiones de un especialista en derecho del trabajo", cit., p. 568.

(8) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las dimensiones sociales de la liberalización del comercio internacional*, OIT, Ginebra, 1994.

(9) Boletín de Opinión del Centro de Asesoría Laboral del Perú, Año I, N° 3, abril/mayo 1994.

En este sentido, por ejemplo, la política de los Estados Unidos es claramente de doble estándard. Si leemos el informe de AFL-CIO sobre China (mayo de 1994), podremos apreciar cómo funciona esta posición, pues mientras se califica a China de dictadura, que practica la represión con los derechos sindicales y viola derechos humanos fundamentales, y se critica a las corporaciones americanas que medran de esta represión y dictadura, bajo el pretexto de que su inversión es una fuerza positiva para ambos países, vemos cómo el Gobierno Estadounidense renueva a China su condición de nación favorecida, haciendo caso omiso de estas advertencias provenientes de su más importante central sindical, para dedicarse más bien a presionar a países en desarrollo, que, desde luego, no tienen la importancia comercial de China. Tal es el caso de Haití o Pakistán, o aún los casos de Singapur, Brasil, India y Malasia, cuyos Gobiernos hacen caso omiso de las advertencias y consideran que la legislación laboral es un problema de cada país y que ni la OIT ni el GATT son organizaciones de vigilancia de los derechos laborales.

Por otro lado, a pesar de que Estados Unidos exige a otros países la observancia de las normas internacionales, solo ha aprobado 11 convenios de OIT entre los que no están los que garantizan las libertades sindicales y la negociación colectiva (Convenios N°s 87 y 98). En el caso del Perú, nuestro país ha aprobado 67 convenios.

¿Qué pretenden en realidad los condicionamientos sociales en los convenios comerciales? Simplemente elevar los costos de los países en desarrollo a través de la observancia de los estándares internacionales y de la elevación de los niveles normativos; manejar esto, no en el plano social o laboral, sino a través de las políticas comerciales y a manera de condicionamiento; poder escoger en su política de "represión comercial" al país que deseen, a pesar que los temas de derechos humanos son de orden moral y no hay consenso sobre cuáles ameritan la atención de la comunidad internacional y que es lo "socialmente inaceptable". Desde luego que ello no es admisible en el plano multilateral o bilateral como pretenden hacerlo ahora los países desarrollados.

Lo que hay detrás de esto es simplemente una forma de protección de los propios países desarrollados en beneficio de sus empresas, de su producción, de su mercado y de su nivel de vida.

Los sistemas generalizados de preferencias (SGP) provienen de la conferencia sobre comercio y desarrollo (UNCTAD), creada en 1962, y permite a los países en desarrollo acceder a los mercados de los países

industrializados con derechos arancelarios reducidos o con franquicias, teóricamente sin contraprestación o reciprocidad.

El Perú está incluido dentro de varios de estos sistemas generalizados de preferencias, como el de la Comunidad Económica Europea, desde 1971, el de Japón, desde el mismo año y en el cual no existen requisitos no comerciales y el de Estados Unidos, que se revisa periódicamente y que tiene determinadas exigencias comerciales y no comerciales, encontrándose dentro de estas últimas una relacionada al trabajo y que consiste en la obligación del país beneficiario de otorgar a los trabajadores derechos reconocidos internacionalmente, es decir, los convenios internacionales provenientes de la OIT, que como hemos visto anteriormente, en su mayor parte no han sido aprobados por los Estados Unidos.

La cláusula laboral crea el peligro de que el país desarrollado pueda manejar a través del convenio comercial aspectos distintos a los comerciales en los países favorecidos, obligándolos, por ejemplo, a modificar condiciones laborales y eventualmente a encarecer el costo de sus productos a través de estos mecanismos.

No hay que olvidar que las diferencias tecnológicas y económicas, de calidad y productividad de Estados Unidos y Japón y de los países europeos equilibra cualquier posible diferencia que pudiera existir, en el caso de entenderse que los condicionamientos sociales en los países en desarrollo les permiten tener una ventaja comparativa respecto de los países desarrollados, cuyo costo social es mayor.

Las naciones en desarrollo deberían estar avisadas para esperar la carga de los países desarrollados en temas de salarios y condiciones de trabajo, bajo el pretexto de evitar inequitativas ventajas comerciales de los países que exportan productos baratos, debido a sus pobres condiciones de trabajo.

Ahora que estamos por lograr un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, no hay que confundirse sobre cuál era la verdadera posición de la administración estadounidense en materia de comercio internacional. De hecho, el Gobierno norteamericano ha promocionado una política que pretende vincular el acceso al mercado de Estados Unidos a cambio de una elevación de los estándares laborales y ambientales de los países en desarrollo, imponiendo tales condiciones que podría terminar cerrándose a estos países.

El bajo costo laboral es precisamente una ventaja de los países en desarrollo para competir en el mercado con las naciones más avanzadas.

Al final, los países no pueden ser árbitros de las relaciones económicas y políticas a través de un convenio comercial. El nuevo interés de Estados Unidos hacia las condiciones de trabajo pueden convertirse simplemente en un velo para un nuevo estilo de proteccionismo para mantener los bienes producidos en base a bajos salarios fuera de la competencia de los países de altos salarios. Los sindicatos y algunos políticos desean un arma, no solamente contra los bienes fabricados sobre la base del trabajo infantil o a los trabajos forzados, sino también para los bienes fabricados en base al trabajo barato o los provenientes de los países autoritarios que no permiten la organización de las fuerzas laborales. La justicia social, la economía de mercado y la democracia, están unidas y el usar el comercio como una herramienta para el avance de la democracia es una noble idea muy en la línea de la tradición misionera americana pero convierte las negociaciones en un reto para aquellos gobiernos que son menos democráticos. Esto lo sostiene el *Washington Post* desde hace años, aunque habría que añadir que no se trata solo de gobiernos más o menos democráticos, sino, en general, de los países en desarrollo, cuyo mercado y realidad cuentan con una ventaja comparativa propia de su evolución social y económica.

Guillermo Castañeda Mungi nos dice que "la asimetría en el sistema económico mundial continúa siendo uno de los grandes problemas para acelerar el desarrollo económico de la comunidad internacional y, en particular, el de los países en desarrollo, donde vive la mayor parte de los pobres del planeta [...]. [s[e utiliza varios subterfugios, basados ya sea, en principios morales que comparte la casi totalidad de la Comunidad Internacional o en defensas ecológicas necesarias para la sobrevivencia armoniosa de la raza humana con el medio ambiente [...]. Luego de la reducción de las barreras al comercio internacional en la ronda Uruguay, se pretende imponer un nuevo mecanismo para detener el progreso de los países más pobres, como es el de las condiciones de trabajo. De imponerse este nuevo subterfugio, se daría a los países desarrollados, un arma poderosa, flexible y mortal para detener o controlar las exportaciones de los países en desarrollo. En el campo puramente económico, para defender y proteger sus industrias de la competencia, Estados Unidos pretende forzar acuerdos para utilizar a los organismos internacionales cada vez con mayor énfasis en la defensa de sus intereses y en contra de los países que tratan de crear nuevos empleos para sus ciudadanos [...]". [E]l concepto de dumping social solo oculta la incapacidad de numerosas

empresas de esos países (desarrollados) para competir en un mercado más abierto[10].

Después de complicadas negociaciones en el marco del TLC, el Anexo I del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Laboral señala once principios laborales, precedidos del siguiente preámbulo:

> "Los siguientes son lineamientos que las partes se comprometen a promover, bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación. Su propósito es delimitar áreas amplias de atención en que las partes han desarrollado, cada una a su manera, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos y los intereses de sus respectivas fuerzas de trabajo.
>
> 1. Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.
> 2. Derecho a la negociación colectiva.
> 3. Derecho de huelga.
> 4. Prohibición del trabajo forzado.
> 5. Restricciones sobre el trabajo de menores.
> 6. Condiciones mínimas de trabajo.
> 7. Eliminación de la discriminación en el empleo.
> 8. Salario igual para hombres y mujeres.
> 9. Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales.
> 10. Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales.
> 11. Protección de los trabajadores migratorios".

Vemos como en este caso, y a través de una negociación, se ha logrado una fórmula que de alguna manera elude el problema de fondo que los países desarrollados desean asegurar en el marco de los tratados

---

(10) CASTAÑEDA M., Guillermo, "Vuelve el proteccionismo", en diario *Expreso*, Lima, en su edición del 19 de mayo de 1995.

comerciales, es decir, establecer el condicionamiento a fin de poder manejar económicamente el resultado.

En el preámbulo de la parte III del Tratado de Versalles ya se hacía referencia al dumping social, así como la necesidad de considerar, por el bien de la eficiencia de la OIT, la adopción de normas económicas y sociales comunes, dado que las primeras reciben la influencia de las segundas y viceversa.

Existen precedentes en el GATT sobre restricciones comerciales vinculadas a derechos laborales, como la autorización a los gobiernos de imponer una prohibición unilateral de importaciones de bienes manufacturados en las prisiones.

En la Memoria de 1995[11], el director general de la OIT nos dice que "la desigualdad creciente y la marginación de los países menos adelantados, parecen ser características negativas de la mundialización [...]. La mundialización ha suscitado asimismo, en los países industrializados, el temor de que su nivel de vida corra peligro por culpa de los países de salarios bajos, especialmente de los de industrialización reciente [...]. No es sorprendente que esos temores hayan propiciado la reaparición reciente de la tentación proteccionista en varios países industrializados... se dice que las importaciones que proceden de economías de salarios bajos destruyen puestos de trabajo [...]. [E]n la versión extrema de esa tesis se teme que bajen los salarios de los países industrializados por obra del teorema de igualación de los precios de los factores, y que la difusión de tecnología occidental a productores de salarios bajos les dé una ventaja competitiva e insuperable [...]. Ese temor no está justificado. Se basa en el dudoso supuesto de que el comercio y las inversiones son esencialmente un juego de suma nula. Es típico que se pase por alto la comprobación de que se derivan grandes beneficios, tanto para los países en desarrollo, como en los industrializados. Por ejemplo, el comercio entre los países industrializados y los países de industrialización reciente (que son la fuente principal de penetración de importaciones) se ha mantenido en equilibrio; han aumentado las exportaciones de países industrializados a los de industrialización reciente, tan de prisa como las importaciones procedentes de estos últimos. Esto es previsible, ya que un crecimiento más rápido y unos ingresos más altos en los países en desarrollo acarrearán una

(11) "Promover el empleo", memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, Octogésima Reunión, 1995, pp. 28-30.

demanda creciente de las importaciones de bienes de capital, de tecnología y de otros productos de los países industrializados. Habrá, además, beneficios derivados de la mayor competencia en la economía mundial, plasmados en precios más bajos, en las economías de escala a raíz de la ampliación de los mercados y en mayores oportunidades de inversión [...]. [S]e observa un círculo virtuoso similar de beneficios mutuos en el caso de las inversiones".

Sin embargo, Luis Aparicio Valdez[12], citando al director general de la OIT, nos dice que en el marco de la globalización hay quienes quisieran que se aplicaran sanciones económicas o políticas en contra de los Estados que no cumplen con lo dispuesto en los convenios que han ratificado o que violan de manera grave y sistemática los principios universales enunciados en la constitución de la OIT.

El presidente de la conferencia de la OMC declaró que el comité preparatorio debería ocuparse de los nexos entre el comercio y el Derecho laboral. Esta declaración fue necesaria para satisfacer a muchos países desarrollados que pretendían imponer sanciones económicas contra aquellos que incumplen convenios internacionales, y no solo contra ellos, sino también frente a los que pagan bajas remuneraciones.

El objetivo de esos países, es sentar unos estándares mínimos de remuneraciones y beneficios, de manera que los productos que se elaboren no tengan un costo bajo como consecuencia de una inhumana explotación.

En el estudio *Comercio y empleo. Los retos de la investigación sobre las políticas*, elaborado por la OIT y la OMC[13], se plantean algunas ideas sobre la relación entre políticas comerciales y laborales de protección al empleo. La principal es que estas políticas están interrelacionadas y su adecuada normativa puede tener efecto en el crecimiento y en la calidad del empleo y que la globalización puede ser positiva tanto para los trabajadores de países industrializados como en los de desarrollo, siempre que se apliquen políticas económicas adecuadas.

Además, destaca que la demanda de mano obra calificada es una necesidad mundial que fija las diferencias entre los diferentes tipos de trabajadores, resultando un reto para los países en desarrollo, no existiendo

---

(12) APARICIO VALDEZ, Luis, "La integración en América y el Derecho del trabajo", en *Congreso Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Montreal, 1995.

(13) Elaborado por Marion Cansen de la OMC y Eddy Lee de la OIT.

consenso sobre la forma de desarrollar políticas de redistribución en un proceso de globalización, salvo en lo que se refiere a la educación como medio para tener efectos redistributivos y a la inversión en infraestructura como política favorable para los más pobres.

Hay pues dos alternativas en la relación comercio-empleo: la de no condicionar a un régimen de estándares laborales estas relaciones y limitarse a los Principios y Derechos Fundamentales de OIT, tal como ocurrió con la Declaración Ministerial de Singapur en 1996, y en las Conferencia de la OMC en Seattle en 1999 y en Doha en 2001; y la de poner condiciones a través de buenas prácticas laborales, que se contienen en los acuerdos bilaterales de libre comercio o de preferencias, las cuales se convierten en un condicionante fuerte para la celebración de los respectivos convenios comerciales y que se pueden traducir en sanciones, tales como en el TLCAN o NAFTA suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México, la ATPDA con EEUU, el SGP con la Unión Europea, los acuerdos de Estados Unidos con Chile, Singapur, Jordania y Marruecos, el CAFTA y el TLC con el Perú, los acuerdos de cooperación suscritos por la Unión Europea con Chile y México o la propuesta de Estados Unidos para el ALCA, o el Convenio de Cooperación Laboral y Migratoria entre Perú y Chile.

4. REFLEXIONES FRENTE AL TLC ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

De acuerdo con lo anteriormente planteado, la realidad nos dice que el tema laboral está inmerso en los acuerdos comerciales que se han negociado, los que se vienen negociando y en los que se negocien en adelante.

Como los acuerdos comerciales se celebran con el propósito de generar desarrollo y empleo, se incorpora un repertorio de derechos mínimos de acuerdo a los estándares de OIT a fin de asegurar el aspecto social de ese desarrollo y ese empleo. El Perú tiene en su agenda interna este componente en su plan sectorial 2006-2011[14].

Con respecto al TLC, la utilidad principal de los acuerdos paralelos consiste en que procuran impedir el "dumping social" y evitar que se

[14] Plan Sectorial 2006-2011, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, "Empleo y Derechos Laborales para todos los Peruanos", p. 47.

rebajen las normas relativas al trabajo y al medio ambiente. En este sentido, actúan como una cláusula social y ecológica con la diferencia de que no se refieren a unas normas mínimas comunes o internacionales, como señaláramos anteriormente, sino a las normas definidas por cada legislación nacional(15).

Resulta interesante analizar como la OIT en su Memoria Anual de 1994(16), en el Septuagésimo Quinto Aniversario de la OIT, en palabras de su propio secretario general, Michel Hansenne, manifiesta que: "Se trata de buscar la justicia social en un mundo de economía global [...] sin olvidar el derecho al trabajo".

La Memoria sugiere que a la OIT se le llame "Organización Internacional del Empleo y el Trabajo". Existe un temor en el director general de que si no se armoniza cabalmente el comercio mundial y los derechos sociales, rechazando al mismo tiempo que la OIT se convierta en un sistema de control internacional sancionador, se pueda llegar a la situación de que los países no aprueben los convenios y aún se desafilien de la Organización en un intento de conservar su autonomía.

Si bien la OIT no puede eludir un debate sobre el tema de la cláusula social tampoco puede propugnar restricciones al comercio ni tampoco la pretendida igualación de los costos sociales. Tampoco puede ejercer, como se ha dicho, acciones de control internacional o de sanción porque resultaría perjudicial. La única solución posible es la de aplicar los mecanismos propios de OIT en materia de libertad sindical evaluando los adelantos sociales de los distintos países como consecuencia de la globalización y la liberación de los mercados.

Pero en realidad los Estados son soberanos y solo al interior de ellos y dentro de mecanismos democráticos, tales como el tripartismo, se podría realmente evaluar los avances y producir y los cambios o mejoras laborales y sociales propias de cada realidad.

Por ello consideramos que lo más que podría hacer OIT es promover que se institucionalice el diálogo tripartito en los Estados miembros para garantizar determinados mínimos de protección y garantizar la libertad

(15) *Revista Internacional del Trabajo*, 1994.

(16) Preservar los valores, promover el cambio, La Justicia Social en una Economía que se mundializa: Un programa para la OIT, en Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, Octogésima Primera Reunión, 1994.

sindical que permitan un equilibrado progreso social. Desde luego que ello también implicaría que las naciones desarrolladas renunciarán a todo tipo de barreras comerciales impuestas unilateralmente.

Las opiniones relativamente favorables sobre la cláusula social, dadas por los trabajadores en el seno de OIT, evidentemente no toman en cuenta la peligrosa subordinación de los mercados no desarrollados. El mirar exclusivamente a la posibilidad de mejorar algunos estándares sociales no justificaría en modo alguno aceptar las cláusulas sociales a fardo cerrado, pues, a la larga, podrían terminar por subordinar las economías en desarrollo y, por consiguiente, las posibilidades de los trabajadores de estos países a los intereses económicos y a la conveniencia de los trabajadores de los países desarrollados.

En el caso del Perú debemos estar seguros de nuestro compromiso. Las cláusulas sociales son una realidad mundial, hay una tendencia general a este respecto. Por ello, debemos negociarlas y asumirlas en el entendido de que si no las cumplimos estaremos expuestos a sanciones comerciales y a ello no podemos exponernos.

¿Qué es lo que debemos perseguir? Reglas adecuadas y condiciones sociales equitativas que traduzcan la realidad, incorporar tecnología, calificación y capacitación laboral, aumentar el empleo, y buscar relaciones comerciales justas entre las naciones. Debemos orientar la economía nacional a la exportación, a la competencia, a la calidad y fundar la protección laboral interna en lo antedicho para solucionar no solamente problemas de empleo y subempleo sino en especial para elevar el nivel de vida de los trabajadores peruanos.

Respecto al rol de la OIT en materia de relaciones comerciales internacionales en las que algunos desearían verla como un árbitro mundial de los derechos mínimos laborales, como sabemos, tiene un enorme prestigio y, en todo caso, sus opiniones tienen una fuerza moral indiscutible pero no aplica mecanismos compulsivos cuando se trata de provocar una modificación en las leyes laborales de un país miembro.

La verdad es que no existe la forma práctica de establecer una especie de salario mínimo mundial ya que las realidades son diversas. Entonces, con buenas o malas intenciones, los países desarrollados presionan por el lado de los derechos humanos y entre ellos los laborales, en especial los derechos a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, para provocar, piensan ellos, determinados niveles que impliquen tales sobrecostos

para los países en desarrollo, que puedan significar un equilibrio frente a sus ventajas comparativas, equilibrio que no se puede obtener a través de los aspectos meramente salariales.

Pero la verdad es que la responsabilidad es compartida y que el mero proteccionismo de los países desarrollados, no justifica el proceso de globalización económica y comercial. Este proceso es más que ello: es una tendencia que debe servir para todos las partes involucradas reciban los beneficios del sistema.

Los países desarrollados tienen una mentalidad de "*dumping* social" respecto de los países en desarrollo, partiendo del bajo costo salarial de estos frente al mejor nivel salarial de aquellos.

En realidad, el llamado "*dumping* social" no existe. Cada realidad es diferente, cada mercado tiene sus precios y sus productos y el objetivo de las empresas multinacionales es uno de eficiencia, interesado en cómo obtener un producto de la mejor calidad posible al precio más bajo y en forma oportuna en el mercado deseado. Pero el mercado deseado tiene un estándar y unos precios acordes con su desarrollo y su propia realidad y es precisamente en los mercados de los países más desarrollados donde resulta más atractivo colocar tales productos, pues se pueden vender a mejor precio y ganar más dinero.

Aún dentro de los mismos mercados desarrollados hay trabajo no estructurado, producción hecha en base a bajos salarios de inmigrantes explotados, lo que constituye un verdadero dumping social y que sin embargo, sigue floreciendo a la vista y paciencia de los gobiernos de estos países. ¿Acaso esto no es un subsidio en perjuicio de las empresas formales del mercado estructurado?.

Precisamente el SELA (Sistema Económico Latinoamericano)[17] se pronuncia claramente en sentido semejante al nuestro cuando sostiene que:

a. "Los intereses de los países desarollados apuntan hacia las normas de los países en desarrollo, ya sea en términos de elevar dichas normas o invertir más recursos en la observancia de las normas y leyes existentes".

---

[17] SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO, "El *dumping* social: la política social como política comercial", en *XX Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, México D.F., 30 de mayo al 3 de junio, 1994.

Esta actitud tiene un sentido proteccionista en beneficio de los países en desarrollo, "intrínsicamente inapropiada, debido a las diferencias en las condiciones prevalecientes y las prioridades de política de los distintos países".

b. "Causa inquietud el hecho [de] que estas iniciativas parten del supuesto de que las normas acordadas internacionalmente en las áreas de medio ambiente y política social serán ejecutadas a través de la política comercial [...]. Este enfoque podría ser el resultado de la creación de un derecho a utilizar restricciones comerciales de forma unilateral contra productos que se consideren elaborados de una manera 'socialmente inaceptable', a pesar de que no se haya pretendido asegurar el cumplimiento de normas comunes en la forma descrita anteriormente".

c. Los argumentos sobre derechos humanos son de orden moral. "Los gobiernos sostienen prioridades divergentes en torno a qué situaciones de violación de los derechos humanos ameritan la atención de la comunidad internacional. Por lo tanto, es casi inevitable pensar que los países están siendo '*Picked On*' y que al exigir la concertación de acciones a nivel internacional o buscar justificar las acciones unilaterales, los gobiernos utilizan impropiamente la bandera de los derechos humanos para disfrazar su propia agenda política y económica".

d. Respecto al bienestar social se plantea el mismo problema, "una preocupación artificial por el bienestar de los trabajadores conducente a la aplicación de restricciones comerciales podría traer oculto otro propósito: en este caso, la protección de industrias nacionales".

e. Los argumentos laborales consisten "en que los países que no respetan los derechos de los trabajadores están llevando a cabo prácticas comerciales injustas, y que tales prácticas justifican la adopción de medidas compensatorias por parte de sus socios comerciales. Nuevamente, el problema reside en la definición de los derechos de los trabajadores. En el caso más extremo, el argumento planteado en los países con altos niveles salariales apunta hacia un incremento de los sueldos en los países con salarios bajos. Como se analiza más adelante, no existe base económica alguna que sostenga semejante argumento".

"La opinión defendida es que no hay nada de ilegítimo o injusto en la existencia de normas laborales y niveles salariales distintos entre los países,

y que la persistencia de los esfuerzos por armonizar las normas o elevar los salarios en los países de bajos niveles de sueldos podría tener serias consecuencias adversas".

Según el documento hay la idea de que los avances tecnológicos generan ahorro de mano de obra, en especial poco calificada y que los bienes manufacturados por mano de obra barata en los países en desarrollo han desplazado la producción de bienes similares en los países industrializados, reduciendo la demanda de mano de obra poco calificada. "Esta noción incentiva la demanda de políticas que reduzcan la ventaja competitiva basada en los salarios, como por ejemplo, presionar a los socios comerciales para que aumenten los costos por concepto de sueldos, a través de la defensa de los derechos de los trabajadores, aunque la solución económica adecuada consiste en concentrarse en la recapacitación y en el facilitamiento de la adquisición de destrezas por parte de la fuerza laboral".

El argumento económico de que los salarios bajos de un país deben ser contrarrestados con aranceles o controles laborales para una competencia justa y eliminar un supuesto dumping social es calificado por el economista Gottefried Haberler como "argumento estúpido" porque si este argumento "se llevara a una conclusión lógica, no habría fundamento para la especialización y el comercio, ya que las diferencias de costo serían eliminadas"(18). Al final lo que ocurrirá es que los consumidores incurrirán siempre en los mismos costos, con el pago de los precios más altos. Tan negativa es la restricción comercial basada en obligar al otro país a modificar sus leyes laborales como la protección.

Además, el argumento del dumping social deja de lado el concepto de diferenciales de productividad. En efecto, "si la productividad no tiene nada que ver con estas diferencias, los países con salarios bajos seguramente se encontrarían entre las naciones económicamente más poderosas del mundo", por lo que "resulta difícil tomar con seriedad el temor de que la competencia entre los países con normas laborales y niveles salariales diferentes conducirá a la adopción común de condiciones de trabajo más bajas [...]. Las demandas en los países industrializados ante los países en desarrollo para que eleven sus normas laborales podrían, por lo tanto, contribuir a la tensión política y social, así como a la penuria,

(18) Ibídem, p. 17.

que no es precisamente el resultado que desean promover quienes profesan preocupación por el bienestar de los países en desarrollo"[19].

"En relación con las normas laborales como tema de política social, o en otras palabras, como asunto de bienestar social, se ha argumentado que cuando un país obliga a otro a modificar sus normas laborales a través de la amenaza o la aplicación de sanciones comerciales, los resultados podrían ser perversos en términos de bienestar social definidos a nivel nacional. En lugar de mejorar la posición de los trabajadores, estas presiones podrían sacarlos de sus puestos de trabajo. Esta es otra manera de decir que la preocupación de un país por el bienestar de los trabajadores de otra nación no debería ser abordada en un contexto sectorial restringido, ni conseguir su satisfacción a través de sanciones comerciales. Una inquietud genuina en favor de la mejora del bienestar se concentraría en el aspecto de la seguridad social, y en particular en políticas sociales a largo plazo y físicamente sostenibles, así como en las condiciones que enfrenta la población trabajadora en general. El argumento del bienestar social apunta, pues, hacia la transferencia de recursos que puedan contribuir a aliviar la penuria y a crear condiciones para el futuro crecimiento de los ingresos; no es a través de tácticas de presión de las cuales solo algunos puedan beneficiarse, muy probablemente a expensas de la población trabajadora en su conjunto"[20].

La situación es evidente; a pesar de que Estados Unidos solo ha ratificado 11 convenios de la OIT, entre los que no se encuentran los de libertad sindical y negociación colectiva (Convenios N°s 87 y 98) y el Perú ha ratificado 67, entre los que sí se encuentran dichos convenios, y a pesar de que en Estados Unidos no haya estabilidad laboral, ni pluralismo sindical, ni huelga garantizada sin amarillaje, se presiona para que en los países en que la legislación los consagra se respete tales estándares, como si no existieran y como condición para que se apruebe el TLC y así se aplique tales estándares en el Perú.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Proponer en términos generales para los países en desarrollo condiciones laborales adecuadas y equitativas y legislación acorde con la reali-

[19] Ibídem, p. 18.

[20] Ibídem, p. 19.

dad no reviste ningún problema y son metas a las que se puede llegar sin pasar por el absurdo peaje de apoyar intereses de personas y sociedades que no tienen el más remoto conocimiento ni interés por lo que ocurre en dichos países.

No se trata de mantener trabajadores mal pagados ni mal calificados. Se trata de obtener para ellos niveles adecuados de vida y de capacitación para enfrentarse a los cambios que se van a producir en el mundo. Esto se logra con dificultad y paciencia, de acuerdo a la realidad que viva cada país en desarrollo. Las cláusulas sociales no pueden ser pues, motivo de dominación política o económica.

La acción de los países desarrollados para proteger sus propias economías a través de los convenios de liberalización del convenio internacional, no conduce sino a la inequidad económica internacional si se condicionan a estándares laborales, a pesar de lo cual ello parece inevitable si se quiere celebrar tales convenios.

Las ventajas comparativas de los países en desarrollo en el campo laboral no ponen en peligro el trabajo o la economía de los países desarrollados. Solo una economía libre y abierta puede provocar el círculo virtuoso de beneficios mutuos que nos señala la OIT. Debemos buscar la justicia en las relaciones económicas en un mundo globalizado, sin olvidar, desde luego, el derecho al trabajo.

EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS DE LA EMPRESA

Aproximación al concepto de despido por causas económicas en el Derecho laboral peruano

Carlos GUILLERMO MORALES

> "Del despido se ha dicho que no solo es una aventura para quien esté afectado por él, sino también para el que tenga la ambición de examinar los problemas vinculados al mismo y de formular proposiciones para mejorar su regulación. Dificultad hoy acrecentada por la crisis de identidad del Derecho del trabajo y de algunos de sus valores, como el de la estabilidad en el empleo, basado en el empleo en una sola empresa y para toda la vida".
>
> Miguel Rodríguez Piñero

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. El concepto de causas económicas. 3. Análisis comparativo de los proyectos de Ley General del Trabajo. 4. Colofón.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El objeto del presente artículo es ensayar una aproximación crítica a la regulación del concepto de despido por causas económicas en el ordenamiento laboral peruano.

Largo ha sido el recorrido trazado por nuestra normativa, desde las primeras disposiciones legales que facultaban al empleador a despedir libremente mediante simple preaviso a sus trabajadores, hasta las leyes que introdujeron las primeras limitaciones a dicha potestad empresarial en las tres décadas anteriores a la culminación del siglo XX, entre las que destacan las de estabilidad laboral que introduce, con diversos matices y características, el concepto de despido colectivo por causas económicas.

Señala Rodríguez Piñero que "resulta necesario, por ello, contemplar la dinámica de las causas económicas, en el sentido amplio del término, desde un mismo momento e intensidad de control. El poder de despido y la causa que lo justifica es el mismo, y aunque los despidos colectivos hayan de ser contemplados desde una óptica más amplia, ello no impide una unidad conceptual que evita el peligro real de dar mayor valor al momento procedimental que al momento de la justificación del despido, de modo que la causa no sería un mero requisito de legitimidad del despido absorbido por el acuerdo con el personal o por la aprobación administrativa"(1).

No en vano el estado actual del debate sobre el despido colectivo se ha visto reanimado al ingresar a la escena la figura del despido individual por causas económicas, que como es sabido, resulta claramente tributario del ordenamiento laboral español, el cual encontró en esta figura la dosis de "flexibilidad de salida" que requería ante las dificultades que presentaba la causal de despido colectivo por causas económicas en clave aplicativa, especialmente debido a la exigencia de la autorización en sede administrativa.

De admitirse esta variante "flexibilizadora", habría operado una evolución similar en nuestra normativa laboral, que, desde su inicio, se caracterizó por lo siguiente: el encuadramiento de las causas económicas que justificaban la extinción de los contratos de trabajo en forma colectiva quedaba librada a la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) –por tratarse de un "despido bajo reserva de autorización"–, a condición que el empresario acreditara que el despido constituía la única alternativa para conjurar una situación de crisis económica.

(1) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, "Derecho, trabajo y despido", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, p. 33.

Si bien estos criterios no afloraban directamente de las normas que regularon dicha materia, que principalmente se limitaban a enunciar las causas económicas dentro de un elenco dispar –que comprendía a las causas técnicas (o tecnológicas), estructurales o análogas–, lo cierto es que fueron perfilados por la AAT en un ejercicio ciertamente restrictivo respecto del propio contenido de la norma, la cual exigía simple y llanamente una causalidad económica, no necesariamente coincidente con una situación de "crisis de la empresa", lo cual antes bien, parecía corresponder a otros objetivos ajenos a la hermenéutica de la norma(2).

Este dato objetivo, que fuera observado hace larga data por Mario Pasco, ponía en evidencia que la lógica del procedimiento administrativo de los despidos colectivos no solo no guardaba correspondencia con la realidad "sino que la afectación colectiva de la estabilidad requiere de una causa legalmente establecida, se somete a un proceso formal, que aparenta ser un problema jurídico, pero es en esencia un problema social que es resuelto políticamente"(3).

Estas notas distintivas, que si bien están referidas en la etapa correspondiente a la Ley N° 24514 (de estabilidad en el trabajo), continúan siendo el común denominador de la dimensión colectiva del despido, en tanto que la intervención estatal en la resolución del conflicto emana de la dinámica misma del proceso de cese colectivo, que parte de la premisa que solo a la AAT le compete resolver si la causalidad económica invocada por el empresario encuadra dentro del molde –convenientemente forjado– para que prospere una solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo.

Frente a este escenario de inevitables tensiones producto de una mayor demanda de "flexibilidad de salida", a traducirse en una supresión de la autorización administrativa, impensable en nuestro medio laboral por las razones expuestas de abdicación del poder estatal y por la actual composición política del Congreso de la República, ha aparecido como solución de compromiso la figura del despido individual por causas económicas,

(2) Rodríguez Piñero señala que muchas veces la intervención de la Administración Pública del Trabajo, se origina en el logro de objetivos propios de la política social del Gobierno, que oscilan "desde los costes sociales que originan los despidos, la situación del mercado de trabajo, el impacto del despido en la zona, las repercusiones de orden público, etc., actuando como elemento componedor del conflicto [...]" (RODRÍGUEZ PIÑERO, "Derecho, trabajo y despido", cit., p. 32).

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "La extinción de la relación laboral en el Perú", en VV.AA., *La extinción de la relación laboral*, AELE, Lima, 1987, p. 274.

que fuera introducido en una versión más amplia –si bien no perfecta– tomada del modelo español por la Comisión de Expertos que elaboró el primer Anteproyecto de la Ley General del Trabajo (en adelante, el ALGT).

El problema de fondo radica en que en el proyecto de Ley General de Trabajo (en adelante PLGT), dicha propuesta se ha visto recortada a una mínima expresión, en la errónea creencia que a través del estrechamiento del molde trabajado por la Comisión de Expertos se estaría reforzando el principio de estabilidad en el empleo, vía regresión a la ilusoria exigencia que la empresa debe encontrarse incursa en una "situación de crisis" que ponga en riesgo su viabilidad, desechando otras causales, igualmente razonables, como las derivadas de la posición competitiva de la empresa en el mercado, o los requerimientos de la demanda, o la optimización de sus recursos humanos y materiales, que a nuestro modo de ver, deberían encontrar cobijo en la fórmula prospectada por el PLGT.

Por ello, resulta necesario emprender una aproximación crítica a este proceso, analizando los antecedentes de la regulación del concepto de causas económicas en nuestra normativa nacional(4), para luego confrontarla con el marco teórico que nos proporciona el modelo español, el cual nos servirá de insumo para el análisis jurídico de las propuestas legislativas antes acotadas.

Comencemos por analizar las diversas etapas evolutivas por las que ha atravesado el concepto de causas económicas en nuestro ordenamiento laboral como justificación previa para que el empresario quede legitimado frente a su pretensión extintiva ante la AAT.

2. EL CONCEPTO DE CAUSAS ECONÓMICAS

2.1. Evolución de la regulación del concepto de causas económicas en el Perú

Conforme se ha señalado, la primera dificultad en esbozar una aproximación al concepto de causas económicas radica en que las disposiciones

(4) El análisis que se propone fundamentalmente aborda el concepto mismo de "causas económicas" como fuente extintiva de los contratos de trabajo. Por ello, las referencias a otros componentes del modelo, como los aspectos procedimentales (requisitos, plazos, beneficios al cese, etc.) se harán solo cuando tengan relación directa con la delimitación del concepto de causas económicas.

legales que han regulado esta materia no contienen una definición expresa de las mismas, limitándose a señalarlas como causales extintivas a ser acreditadas por el empresario que inicie un proceso de despido colectivo.

A manera de ejemplo, el artículo 5º del Decreto Ley Nº 18471, Ley de Estabilidad en el Trabajo, señalaba que para que operara esta causal de extinción de los contratos de trabajo, el empleador debía acogerse a un procedimiento a través de la presentación de su solicitud al Ministerio de Trabajo para suspender parcial, totalmente o en forma temporal sus actividades; así como *para reducir el personal*, turnos, horas y días de trabajo y para despedir totalmente al personal por liquidación de la empresa.

Por su parte, el artículo 6º del mismo dispositivo, establecía que la resolución administrativa de extinción no surtiría efectos si el empleador no acreditaba haber abonado el importe de los beneficios sociales al personal comprendido en la medida de reducción. Dicha liquidación debía ser aprobada previamente por el Ministerio de Trabajo.

Sin embargo, en ninguna parte de la norma en cuestión se hacía mención al concepto de "causas económicas" justificativa de la solicitud de reducción de personal respectivo, quedando su encuadramiento a discreción de la AAT.

Más aún, como dato relevante y que confirma nuestra hipótesis de esta instrumentalización de los procesos de despido colectivo a lo largo de nuestra experiencia nacional, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 9º del decreto ley acotado, respecto a la naturaleza de los pronunciamientos administrativos emanados de la AAT:

> "**Artículo 9º.-** Las resoluciones que expida la Autoridad Administrativa de Trabajo en última instancia o que quedaren consentidas, resolviendo conflictos suscitados por el incumplimiento del presente decreto ley, tendrán autoridad de cosa juzgada y su cumplimiento se efectuará de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Civiles relativas a ejecución de sentencia y a lo dispuesto por la Ley Nº 8930".

En tal virtud, cualquier resolución administrativa que resultara contraria a los intereses del empresario, dictada en el sentido denegatorio a la solicitud que este formulara a la AAT, tampoco podría ser contradicha en la vía judicial, con lo cual una interpretación irrazonable o arbitraria del Ministerio de Trabajo quedaba virtualmente convalidada en perjuicio del empleador.

Un criterio similar, con algunos matices, fue adoptado por el artículo 10° del Decreto Ley N° 22126, que englobó dentro del rubro de "Situaciones Excepcionales" por primera vez al concepto de causas económicas conjuntamente con las técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, que operaba para:

a. Suspender temporalmente las labores en forma total o parcial.
b. Reducir personal.
c. Disminuir los turnos, días u horas de trabajo.
d. Rescindir los contratos de trabajo por liquidación de la empresa.

En igual sentido, se prospectaba la alternativa menos dañosa de la modificación de las condiciones de trabajo, ya sea que provengan de pacto o costumbre, como forma de coadyuvar a la continuidad de las actividades del centro laboral "en resguardo de la estabilidad en el trabajo", la misma que podría plantearse luego de recibido el dictamen a cargo de la AAT o del ministerio del sector, según fuera el caso.

Resulta claro que si el empresario pretendía que su solicitud "por causas económicas o técnicas" fuera amparada por la AAT, debía sujetarse al procedimiento administrativo regulado por el artículo 11° del decreto ley anotado, el cual contemplaba diversas etapas procesales que se iniciaban con una junta de conciliación ante la AAT, y de no arribar a un acuerdo con los trabajadores o sus representantes, correspondía a esta resolver el diferendo.

Por su parte, si bien la Ley N° 24514 esencialmente mantuvo el esquema del procedimiento administrativo regulado por la norma anterior, el artículo 17° aportó un elemento de juicio determinante para encuadrar debidamente el concepto de "causas económicas", en los siguientes términos:

> "**Artículo 17°.-** Las solicitudes presentadas por el empleador, acerca de los casos señalados del artículo precedente, siempre que tengan como origen causa económica o técnica, se someterán al siguiente procedimiento:
>
> a. Recibida la solicitud, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social solicitará dictamen sobre la misma al ministerio del sector correspondiente o a la Comisión Nacional Supervi-

sora de Empresas y Valores, si fuere el caso. El dictamen será emitido dentro del término de quince días y contendrá además de la opinión debidamente fundamentada acerca de las situaciones reales invocadas en la solicitud una verificación de las mismas *y su implicancia con el factor trabajo,* bajo responsabilidad del jefe de la dependencia competente.

b. Recibido el dictamen, la autoridad administrativa de trabajo convocará a los representantes de los trabajadores y del empleador a reuniones de conciliación las que tendrán una duración no mayor de ocho días;

c. S i las partes no se pusieran de acuerdo en la etapa conciliatoria, la solicitud será resuelta por la autoridad administrativa de trabajo de primera instancia, dentro del término de cinco días; y,

d. Las partes podrán apelar de esta resolución dentro del término de tres días, debiendo resolver en segunda y última instancia la autoridad administrativa de trabajo correspondiente.

En dichas solicitudes deberá incluirse la nómina de los trabajadores afectados, con indicación de su nacionalidad, antigüedad en el servicio y cargas de familia, a fin que estos criterios sean considerados por la autoridad administrativa de trabajo al momento de expedir resolución" (las cursivas son nuestras).

Conforme puede apreciarse, esta mención a la "implicancia con el factor trabajo", que se articulaba directamente con la verificación a cargo de la AAT "de las situaciones reales invocadas en la solicitud", constituye un dato normativo claramente alusivo *al nexo de conexión causal que debía mediar entre la situación económica invocada por el empresario y su incidencia con el "factor trabajo"; es decir, con los costos laborales.*

A consecuencia de la orfandad legislativa en lo referente a una definición cabal y adecuada del concepto de "causas económicas", la doctrina nacional se ocupó del tema ensayando diversas aproximaciones, como reseña Pasco[5]:

(5) PASCO COSMÓPOLIS, "La extinción de la relación laboral en el Perú", cit., p. 270.

> "Por *causa económica* se entiende la situación de falencia o desequilibrio económico o financiero o de grave desmedro que coloca a la empresa ante la imposibilidad absoluta de seguir operando en las condiciones que lo venía haciendo.
>
> En su extremo, esta causal corresponde a la quiebra o a la liquidación forzada, situación esta última que se produce cuando las pérdidas de una sociedad reducen el patrimonio social a cantidad inferior a la tercera parte del capital, salvo que se reintegre o se reduzca (artículo 312° de la Ley General de Sociedades)".

Un matiz interesante es aportado por el citado autor, en relación a la causal adosada de "causas técnicas", también regulada por la Ley N° 24514, al señalar que "por causa técnica se admite la motivada en cambios cualitativos de la producción o del trabajo que generan un excedente en la población laboral o impiden la continuación normal de las actividades, en forma total o parcial, es decir, que imponen una racionalización del personal"(6).

Elías Mantero, precisando el concepto, puntualiza que "la causa técnica no necesariamente está vinculada a la situación económica de la empresa, pues inclusive en muchos casos la presencia de la causa técnica va acompañada de bonanza económica o por lo menos el desembolso de dinero que se concreta en una inversión. Entre las situaciones más significativas se encuentra el avance tecnológico tan propio de nuestra época que muchas veces conduce a la reducción de las plazas de trabajo y a la presencia de una fuerza laboral ociosa de la cual el empleador trata de librarse por vía de la reducción de personal"(7).

Retomando nuestra aproximación al concepto de causas económicas, la siguiente etapa corresponde al Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo (en adelante, la LFE) dictado por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades delegadas mediante el Ley N° 25327(8).

---

(6) Loc cit.

(7) Citado por PASCO COSMÓPOLIS, "La extinción de la relación laboral en el Perú", cit., p. 270.

(8) Ver artículo 1°, que facultaba expresamente al Ejecutivo a dictar leyes en materia de promoción de la inversión privada, pacificación, y promoción del empleo y de la pequeña empresa.

Dicha norma se inscribe dentro de un proceso de flexibilización "de entrada" y de "salida", inédito en nuestro país, que introdujo profundas reformas al sistema de relaciones laborales prevaleciente, caracterizado por un fuerte intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo individuales y colectivas.

En lo referente a la materia que nos ocupa, la LFE, si bien no recogió una definición del concepto de causas económicas, y mantuvo la intervención del Estado en el procedimiento de "ceses colectivos por causas objetivas" de forma más atenuada, introdujo la figura del "despido por necesidades de funcionamiento de la empresa", que en buena cuenta, pretendía erigirse como alternativa al cese ordinario por causas económicas, siendo regulado en los siguientes términos:

> "**Artículo 90°.-** Si la terminación de los contratos obedece a *necesidades de funcionamiento*, no se podrá afectar el nivel global del empleo. Por tanto, el empleado que invoque esta causal deberá acreditarla ante el ministerio del sector en la forma que establezca el Reglamento, comunicando a continuación al Ministerio de Trabajo y Promoción Social la nómina del personal afectado y, en un plazo no mayor a sesenta (60) días naturales, procederá a cubrir las vacantes producidas con trabajadores cuya remuneración y condiciones de trabajo no serán inferiores a los que perciban los trabajadores estables que desempeñan labores equivalentes. La terminación de los contratos de trabajo por necesidades de funcionamiento *no podrá afectar a más del cinco por ciento (5%) del personal,* computado en forma acumulativa en cada año calendario a partir del 1 de enero de 1992" (las cursivas son nuestras).

En forma concordante con lo establecido en las normas que la antecedieron, la LFE prescribía que el trabajador cesado por necesidades de funcionamiento tenía derecho a la indemnización especial por despido establecida en el artículo 76°(9).

(9) Dicha norma establecía que: "La indemnización por despido cuando no se otorgue la reposición o el trabajador demande la indemnización es equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones".

Por otra parte, el artículo 88° de la LFE introdujo diversas modificaciones tendientes a modular el grado de intervención estatal, y a hacer efectiva la expedición del dictamen económico a cargo del ministerio del sector o de la Conasev "para que se pronuncie sobre la procedencia de la causa objetiva invocada, dentro del término de quince días hábiles de solicitado, bajo responsabilidad del o los funcionarios obligados a expedir el informe correspondiente" (literal d).

La norma antes citada, igualmente señalaba que el informe emitido por las entidades arriba citadas "se limitará a opinar sobre el pedido formulado por el empleador", pudiendo este recurrir a la AAT acompañando su propia pericia técnica, si así lo deseara, con lo cual queda relativizado el valor vinculante del dictamen técnico evacuado por el ente estatal.

Posteriormente, mediante la Ley N° 26513 se modifican diversos artículos de la LFE, que son refundidos en forma primigenia en el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 005-95-TR, en el que se deroga expresamente los artículos 90°, 91° y 92°, que regulaban el despido por necesidades de funcionamiento, *con lo cual esta figura nunca llegó a aplicarse en la práctica, puesto que fue dejada sin efecto antes de dictarse el correspondiente Reglamento que fijaría los requisitos para su operatividad*[10].

Por ello, el régimen actualmente aplicable es el regulado en los artículos 48° y siguientes del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la LPCL), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, al escindirse la LFE en dos textos normativos, siendo el otro el denominado Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-97-TR (en adelante, la LFPL).

Sobre el particular, si bien la LPCL tampoco contiene ninguna mención al concepto de causas económicas, y recoge mayormente los principales postulados de la norma precedente, introduce una importante modificación a la regulación del despido colectivo, que se traduce en exigir como requisito que la medida afecte a un porcentaje no inferior al 10% del total del personal de la empresa, para acogerse a las causales establecidas en el inciso b del artículo 46°, que son los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

---

(10) Al respecto, ver el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley N° 26513.

Como se ha podido apreciar del análisis realizado, podemos concluir en forma preliminar que el concepto de causas económicas como justificante del despido colectivo no ha sido desarrollado sino en forma residual por nuestro legislador, en su versión implicante con el "factor trabajo" como elemento de juicio a ser tomado en consideración por la AAT, conforme a los criterios discrecionales que analizaremos a partir de una selección de pronunciamientos administrativos que nos permitirán delinear claves interpretativas para sustentar nuestra posición respecto a los proyectos de ley que se ha venido trabajando sobre esta materia.

2.2. El concepto de causas económicas en la doctrina

a. Crisis económica y causas económicas

En nuestra opinión, no es posible analizar el concepto doctrinario de causas económicas sin vincularlo al conjunto de reformas legislativas emprendidas a nivel del Estatuto de Trabajadores español (en adelante ET), orientadas a la consecución de mayores márgenes de "flexibilidad de salida" en la regulación institucional del mercado de trabajo.

Basta recordar los intentos primigenios de construir una legislación de emergencia o de salvamento, para intentar estructurar sobre bases sólidas un Derecho laboral de la crisis, como respuesta de los ordenamientos laborales del ámbito comunitario europeo, especialmente en España, Francia e Italia, frente a las urgencias provocadas por la crisis energética que puso término a un ciclo de 30 años de crecimiento económico desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Para un sector de la doctrina, dicha elasticidad del sistema de relaciones laborales dominado por el modelo clásico de protección no se justificaba, en tanto y en cuanto el concepto de crisis económica había "acompañado" al ordenamiento laboral en buena parte de su recorrido histórico, como grafica Palomeque en su conocido texto doctrinario-filosófico(11).

(11) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 20.

"De su confrontación con la crisis económica de los 70, complejo proceso internacional en cuyo seno se ha identificado ya varios ciclos, se ha llegado a predicar incluso una nueva fase del Derecho del trabajo [...].

Lo que, sin embargo, no se está en condiciones de probar de modo suficiente todavía es que asistamos a una mutación de los objetivos esenciales de la propia disciplina, ni siquiera que nos dispongamos a enterrar alegre y definitivamente cuantos postulados han acompañado al Derecho del trabajo en buena parte de su recorrido histórico".

Efectivamente, para el citado autor si bien "la lógica clásica del Derecho del trabajo presupone ciertamente la expansión económica, o al menos, la estabilidad del sistema económico [...] el Derecho del trabajo aparece entonces como un derecho de la redistribución de los recursos y en su seno se desenvuelve una negociación colectiva de mejora y una acción obrera y sindical de presión y contestación"(12), lo que justificaría la inmutabilidad de su estructura e incluso, un reforzamiento de los niveles de protección a favor del trabajador.

Por otra parte, el aporte de Palomeque, si bien resulta crítico frente a la incidencia de la crisis económica en relación al sistema de relaciones laborales montado a partir del modelo clásico de protección, encuentra un punto de encuentro en el concepto de "regulación de empleo" como respuesta a la crisis, y termina por apoyarse en la intervención estatal:

> "El entramado institucional que se indica (existencia de causas de despido, suspensión del contrato de trabajo, y modificación sustancial de condiciones de trabajo, basadas en una situación de crisis laboral o económica de la empresa, que con el tiempo quedarán diluidas *dentro de la justificación más amplia de causas tecnológicas o económicas, y de una instancia de control administrativo que se ejerce a través de un procedimiento especial*, con la finalidad plural de comprobar la realidad de la causa alegada, evitar o eludir los despidos por crisis por medio de soluciones intermedias, y autorizar en su caso la medida solicitada) es finalmente el resultado de una compleja evolución normativa que, como queda dicho [...] cuyos rasgos propios se ajustan siempre a un proceso expansivo o de normalización continuada, que irá difuminando de modo progresivo el anclaje originario de la institución de la

(12) Ibídem, p. 21.

crisis económica de la empresa, para luego adquirir perfiles autónomos ligados ya al desarrollo productivo normal, y no solo episódico o crítico [...]"[13] (las cursivas son nuestras).

En una similar línea de pensamiento, Prados de Reyes[14], señala que inicialmente las causas tecnológicas o económicas se conectaron con los supuestos de crisis de empresa, identificadas con situaciones de clara incompatibilidad con la supervivencia de la misma, con lo cual:

> "Tal posición permitía fundamentar la causa extintiva en situaciones aceptables desde los planteamientos de la imposibilidad sobrevenida dando así entrada a la fuerza mayor como figura que proporcionara cobertura jurídica a la operatividad de este mecanismo extintivo. Además el hecho de que la causalidad se hiciera radicar en circunstancias de carácter económico o laboral no modificaba la lógica del planteamiento de la crisis como presupuesto determinante de la causa de extinción, *siempre que se apreciara que tanto por una como por otra razón, la empresa podía acabar en una situación de crisis*" (las cursivas son nuestras).

Este enganche, en principio necesario, entre la invocación de la crisis y la consecuente imposibilidad de continuar operando en condiciones gravosas para el empresario –que la doctrina española inicialmente ubicó en los linderos de la excesiva onerosidad de la prestación, tomada del Derecho civil– constituyó el punto de partida inicial para las construcciones teóricas de la crisis económica, las cuales fueron objeto de revisión con la reforma laboral de 1994, la que se analiza a continuación.

b. La nueva regulación del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores introducida mediante la Ley 11/1994

Este proceso evolutivo dio un salto cualitativo de la causalidad económica basada en un desequilibrio extremo de la actividad empresarial

---

[13] Ibídem, p. 25.

[14] PRADOS DE REYES, Francisco Javier, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52º.c del Estatuto de los Trabajadores", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, pp. 75-76.

–cuya *ultima ratio* se traduce en el despido colectivo de trabajadores– hasta la etapa instaurada por la reforma laboral de 1994[15], en que el eje de la regulación es ampliado a diferentes supuestos periféricos al ámbito de la crisis de la empresa, originando "un plegamiento del principio tuitivo presente en la relación laboral a favor de las exigencias de funcionamiento de la empresa, ya que dicho principio deja de ser relevante ante situaciones de dificultad financiera, técnica o de organización"[16].

En consecuencia, las exigencias de fondo que inicialmente demandaba la configuración de la causa económica, en el ordenamiento previo a la reforma de 1994, tendían inevitablemente a identificar a esta con una hipótesis de crisis imposible de superar por el empresario, que lo arrinconaba de modo tal, que la resolución colectiva de los contratos de trabajo aparecía como el único remedio posible.

Bajo esa perspectiva, para Monereo Pérez y Fernández Avilés[17], los rasgos característicos que enmarcaban el concepto de causas económicas en el modelo previo a la reforma laboral de 1994, eran:

a. La probada realidad objetiva e indubitada de una situación de desequilibrio económico y financiero generador de una rentabilidad negativa;

b. La objetividad, entendida como la concurrencia de circunstancias ajenas a una conducta diligente de los gestores empresariales que hubiesen conducido a dicha situación, excluyéndose razones de mera conveniencia de la empresa;

c. Suficiencia de la medida, entendida como último remedio para poner fin a una situación de entidad manifiesta e irreversiblemente inviable; y,

---

(15) Nos referimos a la Ley 11/1994 del 19 de mayo de 1994, en cuya virtud se modifican diversos artículos del Estatuto de los Trabajadores (ET), específicamente los artículos 51° (Despido colectivo) y 52° (Extinción del contrato por causas objetivas), que se analizarán esquemáticamente en este ensayo.

(16) FERNÁNDEZ BERNAT, citado por ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, "Problemas actuales de los despidos individuales y colectivos: la sutil ampliación de la potestad empresarial extintiva", en VV.AA., *Temas actuales de Derecho laboral*, Normas Legales, Lima, 2005, p. 523.

(17) MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, pp. 173-174.

d. Las causas deben incidir en el presente de la empresa, sin quedar amparadas hipótesis de inviabilidad previsible a corto plazo.

Dentro de este contexto, es que se dicta la Ley 11/1994 del 19 de mayo de 1994, que como señala su exposición de motivos, tiene por objeto "garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales, puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa".

Como señala Prados de Reyes, el nuevo sistema de extinción por circunstancias objetivas que afectan a la empresa, fundamenta su identidad sobre el presupuesto de la exclusión del control público –al menos con carácter previo– acerca de la adecuación u oportunidad de las medidas extintivas. La determinación por un modelo de gestión de la relación de trabajo, informado por las exigencias de la productividad, concluye bajo esta inspiración en un fenómeno de intensificación de las facultades organizativas de la empresa[18].

b.1. El despido colectivo por causas económicas: la superación de la situación económica negativa de la empresa

Por ello, la reforma laboral de 1994 buscó conciliar estos objetivos a través de la inclusión dentro del concepto de causas económicas a las causas "organizativas" y de "producción", con lo cual lograba desvincular estas causales del concepto de crisis recogido en la primera parte del enunciado normativo que alude a la "superación de la situación económica negativa de la empresa[19]".

---

(18) PRADOS DE REYES, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52°.c del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 58.

(19) En efecto, el artículo 51° del ET modificado señala lo siguiente:

"1. A los efectos de lo dispuesto en la presente ley se entenderá por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Para Prados de Reyes, "esta es probablemente la orientación que se ha introducido por el legislador de la reforma; esto es, la desvinculación de ciertos presupuestos que con anterioridad enconsertaban la capacidad de adaptación y respuesta de la organización productiva de la empresa en razón a su incompatibilidad con las modernas exigencias de la competitividad. La causalidad mira hoy no tanto hacia la situación crítica como a la razonabilidad desde la aplicación de criterios de productividad y viabilidad empresariales[20]".

Ahora bien, ello no implica que el concepto propiamente dicho de crisis económica haya sido desplazado por las nuevas causales, sino que la crisis –entendida como la superación de una situación negativa– sea el único cristal de mira con el que se aprecie la óptica de las dificultades económicas de la empresa.

Desde esa perspectiva, la superación de la situación negativa de la empresa aparece igualmente como un elemento de juicio especialmente relevante –pero no único– para que el empresario proceda al despido colectivo, con una importante salvedad, notada por el autor antes citado[21]:

> "Si bien este puede ser un punto de partida en la apreciación de dicho requisito ha de otorgársele no obstante una adecuada valoración de su trascendencia. Por el contrario, la experiencia de su tratamiento no parece concluir por su identificación con una situación de crisis total o inviabilidad, de la empresa, bastando pues con la existencia de una 'situación económica difícil', de pérdidas económicas de la empresa durante un ejercicio, unidas a un proceso de disminución de ventas. Y ello, como se advirtió antes, aun cuando la superación de las dificultades económicas se pueda obtener mediante la aplicación de mecanismos complementarios de financiación; aunque aquí la justificación se desplaza desde la consideración económica en sí hacia el presu-

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son *económicas*, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, *organizativas o de producción,* a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una adecuada organización de los recursos [...]" (las cursivas son nuestras).

[20] Ibídem, p. 77.

[21] Ibídem, p. 80.

> puesto de la regularización del volumen de empleo de acuerdo con los requerimientos que en lo sucesivo ofrece el mercado".

Precisamente la jurisprudencia española había venido delimitando, en vía interpretativa, los contornos del concepto de causa económica como justificativa del despido colectivo señalando que: "el nuevo texto no permite exigir que la crisis sea real, objetiva, permanente y actual, bastando [...] con una mala evolución de los beneficios y que las medidas adoptadas contribuyan a superar una negativa situación económica" o incluso "basta con que conste una tendencia no favorable y que las medidas favorezcan una corrección de la tendencia del balance empresarial para que haya de considerarse correcta la decisión"(22).

Esta situación económica negativa de la empresa, por otra parte, tampoco debe tener una necesaria correspondencia con los conceptos establecidos por el ordenamiento mercantil, como señala Margarita Apilluelo(23):

> "Si partimos del supuesto de hecho de una situación económica negativa según el Derecho mercantil, constatable documental y pericialmente con los instrumentos que al efecto proporciona esa rama del ordenamiento, nos encontramos que se cumple el primer presupuesto que la ley exige [...]
>
> De este modo, se puede tratar de un simple estado crítico, económicamente hablando, en el que queda incluida como suficiente una mala evolución en los beneficios, o incluso tratándose de una situación económica 'menos positiva', o 'no favorable', sin necesidad de encontrarse la empresa en 'una situación de pérdidas'".
>
> *En definitiva, en todos los supuestos, hay incidencia más o menos desfavorable sobre el resultado de la gestión empresarial y produce, atendiendo a ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos o comerciales, un desequilibrio de su cuenta de resultados* [...]" (las cursivas son nuestras).

(22) Ibidem, p. 81.

(23) APILLUELO MARTÍN, Margarita, "El despido individual por causas económicas del artículo 52°, ap. c del TRET", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, p. 124.

Se trata, en consecuencia, de aplicar estándares de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto y en cuanto la apreciación de los supuestos de hecho invocados por el empresario como justificativos del efecto extintivo de los contratos de trabajo, coadyuven en forma eficiente a remontar la "difícil situación económica de la empresa".

Por ello, según Apilluelo[24], la jurisprudencia convalidó diversas decisiones extintivas en la medida que iban a contribuir a paliar una situación económica negativa para la empresa, como la disminución de la productividad empresarial derivada de una importante aminoración de los servicios que prestaba la empresa que originó una infrautilización de su plantilla, o la crisis general del sector que termina reflejándose en el volumen de ventas, que aconseja el redimensionamiento de la empresa, o la reestructuración de la red comercializadora que suprime puestos de trabajo ante una drástica reducción de la demanda en un país consumidor debido a cambios en su reglamentación normativa.

Especialmente ilustrativo es el criterio sentado en un conocido caso de una empresa localizada en Sabadel, Barcelona, en el que la jurisprudencia estableció que se había verificado la causal de dificultad económica "cuando exista, o bien una disminución del volumen de la facturación en un 20% durante el último trimestre vencido o bien cuando una previsión objetiva y razonable del mismo porcentaje de disminución del volumen de facturación en los tres meses siguientes a la fecha de constatación de esa previsión (solo de aplicación cuando se produzca el hecho) considerándose como volumen de facturación [...]"[25].

b.2. El despido colectivo por causas económicas: las causas organizativas o de producción

La presencia de este segundo grupo de causas económicas ha motivado que un sector de la doctrina vea en esta ampliación del abanico de causales –que evidentemente apunta hacia una mayor "flexibilidad de salida"– antes que una tipología que busca encuadrar supuestos externos a la

(24) Ibídem, p. 126.

(25) Citado por SALCEDO BELTRÁN, María, "La causa económica en el despido objetivo", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, p. 140.

crisis económica, antes bien, "una definición por resultados"[26], o una "introducción del concepto finalista en los despidos"[27].

A juicio de Prados de Reyes, "la exigencia de competitividad y mantenimiento del nivel de empleo en la empresa toma como referente los diversos aspectos en los que se materializa la organización empresarial. Desde esta perspectiva la descripción de supuestos contenida en el artículo 51°.1 viene a representar una especie de catalogación de medidas a adoptar según los casos en el proceso de racionalización productiva"[28].

Por ello, "los supuestos recogidos actuarían como una especie de límites objetivos cuya función es señalar el espacio dentro del cual ha de desarrollarse la lógica de cualquier proceso de racionalización productiva", con lo cual "lo relevante, se insiste, radica en la incorporación del elemento finalístico de los despidos como criterio desde el que justificar la concurrencia de estas causas como se establece en el artículo. 51°.1 [del] ET"[29].

A nuestro juicio, esta concurrencia de causales, además de hacer palpable la vocación del legislador de la reforma por ampliar los márgenes de "flexibilidad de salida" en la norma acotada[30], pretende cubrir la gama más amplia de vicisitudes económicas que pudieran afectar el desempeño económico de las empresas.

Desde esa perspectiva, la primera parte de la norma aludiría a la crisis económica de la empresa en su sentido más amplio (nivel macro), y la segunda a aspectos específicos relacionados con la "flexibilidad interna" del proceso de producción de bienes y servicios en la empresa (nivel micro), en los que el *leit motiv* es el logro de la eficiencia en el aparato organizativo, y no únicamente conjurar una situación de dificultad económica.

De ahí que las técnicas de interpretación a aplicarse por parte de los operadores del derecho (jueces, funcionarios administrativos), demanden

---

(26) MONEREO PÉREZ/FERNÁNDEZ AVILÉS, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", cit., p. 165.

(27) PRADOS DE REYES, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52°. c del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 79.

(28) Loc. cit.

(29) Loc. cit.

(30) Supra, nota 20.

necesarios ajustes en su manera de enfocar los problemas relativos a las dificultades económicas de las empresas, dado que:

> "Toda la figura en estudio [el despido colectivo] es un ejemplo de convivencia entre una formación que podríamos denominar tradicional en tanto exige una intervención administrativa que puede contrariar las enérgicas demandas de agilidad y flexibilidad en la organización del trabajo en la empresa, *con una técnica normativa de nuevo cuño, de carácter netamente flexible* que, constituida por la nueva configuración causal del despido colectivo, genera una potencial inseguridad jurídica [...]. Ello, en un trance como el que vivimos, de neta reversión del tradicional garantismo del Derecho del trabajo a favor de soluciones normativas que respondan de modo dúctil a las exigencias de gestión productiva de las empresas (sustitución de la 'negociación' a la 'regla'; de la 'discrecionalidad' al, rigor y rigidez de la 'norma heterónoma')"(31) (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, como sostiene Monereo Pérez, se hace necesario un complemento interpretativo que cristalice (*stare decisis)* la norma general en concretas reglas de conducta que desarrollen la abstracta contenida en la ley, y que conjugue o equilibre de manera prudente el *impulso innovador* con las exigencias de certeza, en una materia en que las situaciones han venido siendo evaluadas de forma diferente en función de los sectores, momentos y circunstancias del supuesto concreto(32).

Un ejemplo ilustrativo de la forma como impacta esta construcción técnica en el raciocinio judicial o administrativo, es precisamente el tema de la prueba de las causales económicas:

En efecto, a diferencia de la causal de situación económica negativa de la empresa –cuya probanza es un tanto más exigente en atención a la consecuencia extintiva de los contratos de trabajo en forma colectiva– si se trata de las causas "organizativas" o de "producción", "el empresario no

(31) MONEREO PÉREZ / FERNÁNDEZ AVILÉS, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", cit., p. 180.

(32) Loc. cit.

tiene que aportar una prueba absoluta de vinculación automática entre medidas y fines, sino solo una conexión de razonabilidad"[33].

Por tanto, "ese criterio de inevitabilidad del despido colectivo parece haber sido reemplazado por el *juicio valorativo de razonable y proporcionada adecuación de la medida extintiva,* aunque en salvaguarda del mismo puede actuar el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, uno de cuyos contenidos es 'la posibilidad de atenuar o reducir los efectos' de la regulación de empleo"[34], que no es otra cosa que los expedientes de crisis que afectan a toda la categoría de trabajadores comprendida en la medida.

Resumiendo los conceptos, concluye Monereo Pérez[35]:

> "Todo lo visto sitúa el problema práctico que pretende afrontar el marco normativo de referencia en la lógica propia *del principio de rendimiento*, sirviendo al cual se prescinde no solo de las prestaciones inservibles sino también de las que no son rentables. De ahí que esta proyección del principio de rendimiento atrae al campo de lo jurídico el problema de la *relación coste-beneficio*, que a la postre, *es una metodología especialmente próxima al análisis económico del Derecho*. Podría decirse que la configuración jurídica de la vicisitud extintiva subordina la existencia del contrato de trabajo a la lógica del principio de rendimiento insertándola en la propia función económico-social del contrato de trabajo; [con lo cual] *asistimos a una inserción de la 'racionalidad económica' en la categorización jurídica de los institutos*" (las cursivas son nuestras).

Compartimos plenamente lo sostenido por el autor citado, y la coincidencia no es fortuita, dado que, como se analizará a continuación, el análisis económico no puede estar ajeno o distante a una materia que en puridad le pertenece, al igual que la disciplina del *management* en la parte pertinente a las causales "organizativas" o de "producción".

---

(33) Ibídem, p. 187.

(34) Ibídem, p. 188.

(35) Loc. cit.

b.3. Extinción del contrato por causas objetivas: el despido individual por causas económicas como alternativa de "flexibilidad de salida"

En primer lugar, debemos observar que no obstante encontrarse encuadrada esta figura dentro del artículo 52° del ET, que regula la extinción del contrato por causas objetivas(36), el legislador de la reforma tuvo el acierto de vincularla a los supuestos de "causas económicas" regulados en el artículo 51°.1 del ET analizados en los dos apartados anteriores.

Efectivamente, el artículo 52° citado claramente dispone que:

> **"Artículo 52°.- Extinción del contrato por causas objetivas**
>
> El contrato podrá extinguirse:
>
> [...]
>
> c) *Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causales previstas en el artículo 51°.1 de esta ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos* [...]" (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, al efectuarse el reenvío a la norma del artículo 51°.1 del ET, automáticamente quedan subsumidos los criterios interpretativos que hemos analizado previamente, en el sentido de concurrencia de las causales de dificultades económicas con las referidas a las causales técnicas,

(36) La equivalencia del despido por causas objetivas en nuestro derecho positivo laboral correspondería en buena parte a las causales de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, reguladas en los literales a y b del artículo 23° de la LPCL, aunque también el ET incluye faltas disciplinarias como "faltas de asistencia al trabajo", y una causal de extinción del contrato de trabajo sujeto a condición por razones presupuestarias, que incluso estaría fuera del ámbito del régimen laboral privado, debido a que es regulado por las leyes presupuestarias, dentro de las medidas de austeridad .

organizativas y de producción, lo que constituye la demostración palmaria de esta vocación flexibilizadora y finalista de la norma con la ampliación de causales implantada por la reforma de 1994.

En segundo lugar, la autorización administrativa brilla por su ausencia, *en razón de que la figura del despido individual por causas económicas presupone que se aplica por debajo de los umbrales numéricos que establece el artículo 51º.1*[37], con lo cual la exigencia probatoria es, como hemos tenido oportunidad de anotar, a propósito de las causales ampliadas del acotado artículo, esencialmente mínima.

Como señala Apilluelo[38]:

> "[...] en el supuesto de que la causa aducida no sea la económica, pues la empresa puede presentar una situación económica positiva de presente, sino organizativa, técnica o productiva, la causa del despido será directamente garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo existente en la misma, ya que no necesita una reparación previa para conseguir a continuación esas finalidades.
>
> Es decir, ante la alegación por el empresario de un motivo económico, la ley pretende que se supere o repare la situación, y sin embargo, aducidas las demás razones, organizativas, técnicas o de producción, como ya no hace falta reparar o superar situación alguna porque no hay necesidad de presente, *la ley desea la garantía de futuro de la viabilidad de la empresa y del empleo existente*" (las cursivas son nuestras).

Desde esta perspectiva, para Monereo Pérez "las causas *técnicas* harían referencia a la adopción de medidas tendentes a la racionalización de la organización productiva a través de la incorporación de los necesarios avances tecnológicos, para mejorar la competitividad de la empresa en el mercado que le es propio. Por ello se encuentran vinculadas a los medios de producción [que] tienden a maximizar la producción [y] se identifican con la introducción en la empresa de maquinaria

(37) Supra, Nota 20.

(38) APILLUELO MARTÍN, El despido individual por causas económicas del artículo 52º, ap. c del TRET", cit., p. 118.

tecnológicamente avanzada, y definen la nueva cualidad de la prestación de trabajo"[39] (las cursivas son nuestras).

Asimismo, "las *organizativas* deben ponerse en conexión con la utilización de modo más eficaz de la gestión de los recursos humanos en su proyección específica en la organización del trabajo [...]. En esta causa también se integrarían opciones descentralizadoras de la organización productiva (gestación de grupos de empresas, recurso a la subcontratación, externalización de actividades, etc.) que justificadamente requieran del acompañamiento de medidas de ajuste de plantilla"[40] (las cursivas son nuestras).

Finalmente, "serán *de producción* las 'entendidas con referencia a las que afectan los costes y volumen de aquella, para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que se ponga en peligro, de mantenerse su desajuste, la actuación competitiva de la empresa'. Se asocian a las dificultades que el entorno económico o de mercado ocasiona a la capacidad productiva de la organización productiva e imponen una transformación o reducción de la producción"[41] (las cursivas son nuestras).

Por lo tanto, "la exigencia probatoria queda restringida a una 'conexión de razonabilidad' de medios a fines, que como parece obvio, no se trata de una prueba en sentido estricto, pues esta solamente versa sobre hechos, sino de una argumentación que fundamente la adopción de la medida en el ordenamiento jurídico vigente, lo que en definitiva, nos remite o conecta con la racionalidad inminente predeterminada en la propia legislación aplicable. La técnica aplicativa y de control consistente en el 'juicio de razonabilidad' se basa en las características familiares de la experiencia común, dejando a los individuos [...] la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen [...] de modo que aplicada al ámbito del poder organizativo empresarial, opera una ampliación de la discrecionalidad del empresario en su invocación de estos conceptos"[42].

Aparentemente, estaríamos asistiendo a un proceso de desplazamiento del poder discrecional de la autoridad laboral hacia el empresario, en

---

[39] MONEREO PÉREZ / FERNÁNDEZ AVILÉS, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", cit., p. 169.

[40] Loc. cit.

[41] Loc. cit.

[42] Loc. cit.

la medida que corresponde a este la autodeterminación de las condiciones en que la empresa estaría incursa en alguna de las causales previstas en el artículo 52°, literal c, del ET, y al cual únicamente se le exigiría, desde el punto de vista sustantivo, ajustar su solicitud a los cauces de la razonabilidad.

Desde esa perspectiva, como puntualiza Rivero Lamas, las anteriores exigencias de realidad, objetividad, suficiencia y actualidad, han sido sustituidas por "un canon hermenéutico distinto en punto a su apreciación y eficacia legitimadora de los despidos"(43).

En ese sentido, "[...] En la nueva regulación, la versión que con anterioridad se exigía de la 'objetividad' –excluyente de una generación de circunstancias adversas del todo ajena a la conducta de los gestores, no ya de forma intencional sino, ni siquiera, de forma culposa, salvo que la imputación sea de culpa leve– se debe considerar ahora inexigible [...]. Asimismo, un nuevo matiz se incorpora a la nota de 'suficiencia', la cual aparece en la vigente regulación envuelta en un juicio de razonabilidad de la medida proyectada para hacer frente a la situación que se trata de remediar con aquella, y cuyas coordenadas parece que deben ser las reglas de la adecuación y de la proporcionalidad. Por último, la nota de 'actualidad' también resulta relativizada en relación con las distintas situaciones y causas. Por supuesto, es exigible en las situaciones de crisis económica 'irreversible' que determina el cese total de la actividad empresarial; pero también en las situaciones de 'viabilidad amenazada', calificables como estados de crisis económica actuales y superables [...]. *Pero esta nota de 'actualidad' no parece que pueda exigirse respecto de la incidencia de las causas técnicas, organizativas o de producción, al menos con la misma intensidad, ya que estas causas se pueden aducir por el empresario 'con carácter preventivo'*"(44) (las cursivas son nuestras).

A mayor abundamiento, la nueva regulación "limita también la discrecionalidad de la administración respecto del régimen anterior, tanto exigiendo que la resolución de aquella sea motivada [...], como también clausurando el uso a lo que se pudo llamar 'la laxitud de la congruencia

(43) RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL TENA, Luis Ángel, "Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997, p. 230.

(44) Ibídem, p. 231.

administrativa', que se traducía en que las medidas autorizadas podían ser diferentes de las solicitadas por la empresa (autorizar la suspensión o reducción de jornada cuando se había pedido la extinción, o cualquier combinación posible de medidas)"[45].

Como puede apreciarse, sobre la base de esta opción de "regulación de salida", subyace una legítima preocupación por asegurar que el ordenamiento jurídico no impida una rápida adecuación del volumen de mano de obra a las empresas en las situaciones de dificultades económicas, objetivo alcanzado a través de los vasos comunicantes que se entretejen entre el artículo 51°.1 (despido colectivo) y el artículo 52°.c del ET (extinción por causas objetivas), como señala Prados de Reyes[46]:

> "*La opción por el umbral numérico como elemento determinante para la aplicación del procedimiento correspondiente* señalaba la única diferencia existente en cuanto a la definición de supuestos autorizados; pero sin que en ningún momento el dato circunstancial de su cuantía y proporción en función al tamaño de la empresa llegaran a alterar la identidad causal de ambas formas de despido [...]. La base conceptual de uno y otro precepto había quedado estrechamente *vinculada al identificarse plenamente los supuestos que autorizan uno u otro procedimiento de despido como consecuencia del mecanismo de revisión del artículo 52º, a la descripción de causas efectuadas para los despidos colectivos*. Desde este punto de vista no existió mayor inconveniente en aceptar que la única diferencia existente entre ambos preceptos no dejaba de ser puramente numérica y que era solo y exclusivamente este aspecto el determinante del diferente tratamiento procedimental previo" (las cursivas son nuestras).

A nuestro juicio, el aspecto central en la aplicación de esta causal es el contenido a asignarse al término "necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo", en tanto los alcances propiamente dichos de las causales han sido ampliamente analizados en el apartado anterior, habida cuenta que dicho término ha sido acogido tanto por el ALGT como en el PLGT peruano.

---

[45] Loc cit.

[46] PRADOS DE REYES, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52°.c del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 63

En orden a aproximarnos al concepto, conviene advertir que, para un sector de la doctrina, la utilización del término "necesidad objetivamente acreditada", "no solo estaba dirigida a obligar a una conexión probatoria con la necesidad de amortización del puesto de trabajo, sino que al mismo tiempo, trataba de impedir la concurrencia de situaciones de mera conveniencia o utilidad empresarial ajenas a intereses objetivos derivados de necesidades de funcionamiento de la empresa [...]. El empresario quedaba así obligado a demostrar 'la procedencia desde el punto de vista técnico-organizativo de la decisión empresarial' con ello del despido derivado de la amortización del puesto de trabajo"(47).

Desde esta perspectiva, el debate ha estado centralizado en "si la desaparición del puesto de trabajo requiere también para su justificación la simultánea desaparición de las funciones que le son inherentes de tal manera que sus contenidos dejaran de existir en el conjunto de la actividad productiva o, por el contrario, ambos conceptos – puesto y función– son separables hasta el extremo de que la eliminación del primero no impide la subsistencia de sus cometidos, subsumidos ahora en las tareas asignadas a otros trabajadores"(48).

A nuestro juicio, la solución a estos dilemas interpretativos necesariamente discurre por los cauces de la aplicación del principio de razonabilidad a la luz de los dos referentes que ha impuesto la regulación del "despido individual por causas económicas", que son: i) la superación de la dificultad económica de la empresa (causas económicas), o, ii) la superación de las dificultades derivadas de su funcionamiento, por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de sus recursos (causas técnicas, organizativas o de producción).

A nivel de la jurisprudencia española, se ha venido conjugando estos dos aspectos (el macro y el micro), buscando armonizar la causa eficiente de la decisión extintiva empresarial como señala Apilluelo(49):

> "La mayoría de ellas son reticentes a aceptar en exclusividad esa justificación a la hora de declarar la procedencia del despido, *aduciendo que es razonable la existencia de esa necesidad de*

(47) Ibídem, p. 64.

(48) Ibídem, p. 95.

(49) APILLUELO MARTÍN, Margarita, "El despido individual por causas económicas del artículo 52°, ap. c del TRET", cit., p. 119.

amortizar un puesto de trabajo 'para la futura viabilidad de la empresa y para el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo', porque 'mejora la competitividad' de la empresa, porque 'la finalidad de la ley es garantista', porque 'el objeto de la ley es proteger el empleo existente y fomentar la creación de empleo', lo que no supone otra cosa que 'posibilitar la continuación de la actividad empresarial', tratando de evitar 'la pérdida de empleo y el peligro de su viabilidad futura', ya que ciertamente nos encontramos con una 'doble finalidad', 'si bien más esencial es la de perseguir la garantía de la viabilidad de la empresa' [...]" (las cursivas son nuestras)

En síntesis, la regulación sobre despido colectivo contenida en el ET, como sostiene Fernando Valdés Dal-Re, con "la Ley 11/1994 procede a desdoblar el tratamiento normativo de los despidos por causas económicas, organizativas y tecnológicas, diferenciando con fundamento en el derecho comunitario, entre el despido colectivo, sometido a un control administrativo previo, y los despidos individuales o plurales (despidos objetivos), relegados a un control judicial efectivo a posteriori. Con este régimen, dicha ley pretendió dar satisfacción tanto a los empresarios, que reclamaban una mayor flexibilidad en la regulación de este tipo de despidos, como a las organizaciones sindicales que se oponían de manera frontal a la supresión de la autorización administrativa [...]"(50).

Analizaremos a continuación el contenido de las propuestas de regulación del despido colectivo por causas económicas que se han trabajado en el ámbito nacional, haciendo uso del método comparativo tomando, como se ha adelantado, los principales elementos de juicio que aporta la doctrina española sobre esta materia, a fin de aproximarnos al concepto de despido colectivo por causas económicas que podría finalmente prevalecer durante el debate legislativo en ciernes en nuestro país.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROYECTOS DE LEY GENERAL DEL TRABAJO

Como punto de partida, por razones de orden cronológico, iniciaremos nuestro análisis con el Anteproyecto de Ley General del Trabajo, que

(50) VALDES DAL-RÉ, Fernando, "Estudio introductorio", en *El Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

fuera producto del trabajo de una Comisión de Expertos designada por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, que concluyera en el mes de febrero del año 2003[51].

Seguidamente, nos ocuparemos del proyecto de Ley General del Trabajo recogido en el Dictamen evaluado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, aprobado el 7 de mayo de 2007[52], pendiente de debate en el Pleno del Congreso de la República.

El enfoque que proponemos busca confrontar la consistencia de la regulación plasmada en ambas propuestas con los criterios recogidos en las normas del ET anteriormente analizadas, especialmente la conceptualización del "despido por causas económicas", con las variantes ya conocidas, provenientes del modelo español, y la figura del "despido individualizado por causas económicas, técnicas o estructurales".

En ese sentido, este ejercicio comparativo busca determinar si efectivamente existe una sintonía de frecuencia fina entre la funcionalidad cumplida por esta modalidad extintiva en el ordenamiento laboral español, y la que se pretendería incorporar a nuestro derecho positivo laboral, vía la segunda figura, o si por el contrario, la forma como ha sido regulada dejaría librada la resolución de estas solicitudes a la discrecionalidad (¿o irracionalidad?) administrativa.

Analicemos en forma esquemática el contenido de ambas propuestas.

3.1. Anteproyecto de Ley General del Trabajo (ALGT)

a. Concepto de despido por causas económicas

En una primera aproximación, salvo por algunos aspectos de énfasis, el artículo 145° del PLGT parecería recoger en esencia los principales criterios establecidos por el ET español en lo referente a la regulación del

(51) Integrada por los doctores Carlos Blancas Bustamante, Adolfo Ciudad Reynaud, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos.

(52) Recaído en los Proyectos de Ley N°s 67/2006-CR, 128/2006-CR, 271/2006-CR, 378/2006-CR, 610/2006-CR, 815/2006-CR, 831/2006-CR y 837/2006-CR, que proponen la Ley General del Trabajo.

contenido de las causas económicas como justificativas de la decisión empresarial extintiva, como puede apreciarse de su tenor literal:

> **"Artículo 145°.- Contenido de las causas**
>
> La causa económica procede cuando se acredite que el despido es necesario para superar una situación económica negativa de la empresa o amortizar un puesto de trabajo. La técnica o estructural cuando se demuestre que el despido es necesario para garantizar la viabilidad futura de la empresa y su competitividad [...]".

Por medio de una atenta lectura podemos apreciar algunos matices diferenciadores con la formulación normativa del ET español que, en su conjunto, podrían conducir el cauce interpretativo hacia un curso que pudiera resultar contrario a la necesidad de reformular, de manera sustancial, la regulación de los despidos colectivos en nuestro país que, como consecuencia de la aplicación de criterios excesivamente rígidos por parte de la AAT, han originado un abrupto desfase entre la realidad económica y la normativa.

En efecto, el primer matiz diferenciador, radica en que para el ordenamiento laboral español, la condición exigida en el artículo 51°.1 es definida en términos de la "adopción de estas medidas *contribuya*, si las aducidas son económicas", o que coadyuven "a superar una situación económica negativa de la empresa"; es decir, coadyuvantes, mas no de necesidad imperativa que tendría que ser acreditada por el empresario, como enfatiza el ALGT.

Por el contrario, la norma del artículo 51°.1 del ET apunta hacia una mayor flexibilidad en la exigencia de los hechos a ser acreditados por el empleador, habida cuenta que estos deben ser igualmente apreciados a la luz del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, el ET prescinde de los datos que eran exigibles por el ordenamiento anterior a la reforma, en el sentido que la crisis económica de la empresa fuera real, objetiva y presente, como señala Prados de Reyes cuando afirma que: "El nuevo texto no permite exigir que la crisis sea real, objetiva, permanente y actual, bastando [...] con una mala evolución de los beneficios y que las medidas adoptadas

contribuyan a superar una negativa situación económica[53]" (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, el criterio adoptado por el ALGT resultaría más rígido y exigente para el empleador en el sentido que este se encontraría obligado a acreditar que el despido debe resultar *necesario* para conjurar "una situación económica negativa de la empresa", lo cual virtualmente podría ensanchar peligrosamente la puerta de la discrecionalidad administrativa, con los riesgos inherentes al tipo de actuación que le ha tocado asumir a la AAT en esta materia.

Efectivamente, la interrogante que cabe formularse es cómo se determina "si el despido es necesario para conjurar una situación económica de la empresa", o bajo qué criterios la AAT puede arribar a tal convicción: el criterio mercantil, el puramente contable, el de facturación, o pérdida de mercados o de competitividad, etc.

A manera de ilustración, la AAT en un pronunciamiento recaído en el expediente N° 582-99-DRTPSL-DPSC-SDNC del 13 de abril de 2000, correspondiente a la solicitud presentada por la Empresa Sakata Ingenieros S.A. rechazó la misma, no obstante que la empresa acreditó mediante una pericia de parte que había venido registrando pérdidas durante 3 años consecutivos.

En ese sentido, la resolución administrativa de primera instancia señaló como fundamentos de hecho que:

> "Que en la pericia aludida se señala que Sakata Ingenieros S.A. es una empresa constituida con el objeto de realizar toda clase de actos de comercio, como importaciones y exportaciones de mercadería en general [...] *que las conclusiones de la pericia establecen que Sakata Ingenieros S.A. en los últimos años, desde 1997 hasta 1999, viene teniendo pérdidas que afectan considerablemente su situación patrimonial* [...] que las obligaciones con terceros, como son los proveedores, bancos, Sunat, EsSalud, AFP y otros, han generado un pasivo mucho más grande que los activos, por lo que se ha visto en la necesidad de optar por la terminación

(53) PRADOS DE REYES, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52°.c del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 81.

> colectiva de los contratos de trabajo en un 67% del total de trabajadores de la empresa [...]" (las cursivas son nuestras).

Por su parte, la Resolución Directoral N° 009-2000-TR/DRTPSL del 26 de abril de 2000, que emite pronunciamiento en segunda instancia, termina confirmando el criterio del funcionario jerárquico inferior que desestima la solicitud con los argumentos siguientes:

> "Que del análisis de los actuados es posible apreciar que la pericia presentada [...] no sustenta debidamente la causa económica que alega la recurrente, *por cuanto este no precisa si la situación económica que atraviesa obedece a la incidencia del costo laboral,* al no haberse determinado el costo de la mano de obra de los trabajadores involucrados en el presente procedimiento y si dicho costo está afectando el costo del servicio en los gastos operativos [...]" (las cursivas son nuestras).

Lo curioso es que el criterio de la incidencia del "factor trabajo" en estricto, únicamente resultaba exigible dentro de los alcances de la Ley N° 24514, como se ha analizado. Sin embargo, ante la ausencia de criterios definitorios del concepto de "dificultades económicas" en la normativa aplicable, el funcionario que resuelve la solicitud en segunda instancia termina aplicando un criterio emanado de una norma derogada, amparado en la discrecionalidad administrativa.

A mayor abundamiento, la empresa se había acogido al procedimiento de reestructuración patrimonial, regulado por el Decreto de Urgencia N° 064-99, habiendo obtenido la protección del "paraguas concursal", lo cual también fue soslayado por la AAT.

Por lo tanto, el énfasis que finalmente conlleve el artículo 145°, a efectos de acreditar la medida como coadyuvante o como necesaria para lograr el objetivo de la "superación de la situación económica negativa de la empresa", será determinante cuando la AAT tenga que resolver las solicitudes de despido colectivo en las empresas que superen el umbral numérico señalado en el artículo acotado.

Sobre el particular, la doctrina ha sido suficientemente explícita en el sentido que "la continuidad de las pérdidas y la tendencia a su estabilización se han considerado indicadores suficientes de la situación apuntada

estimando que, lejos de presentar carácter coyuntural o pasajero, 'la empresa posee una clara tendencia a la consolidación de una situación de pérdidas, ya materializada, que permite sostener existan causas económicas para la adopción de las medidas del artículo 52°.c del ET'"[54].

La segunda observación que cabría formular al artículo 145° está referida, en concreto y específico, a la manera cómo se han articulado las causales "técnicas o estructurales" con el concepto de crisis de la empresa, dado que en el modelo del ET queda claro que "respecto de las causas tecnológicas, organizativas y de producción la norma no parece adoptar en principio un punto de partida necesariamente vinculado a la idea de crisis"[55].

Efectivamente "una cosa es que el devenir de la actividad productiva obligue a adoptar decisiones que afectan al sistema productivo, exigidas desde la lógica de una diligente gestión empresarial y consecuentes con la capacidad de adaptación que los mercados o la organización productiva imponen y otra que tales motivaciones deben encontrar necesariamente justificación en una situación de crisis ya materializada"[56].

A pesar de ello, en la segunda parte del artículo 145° se ha estimado como requisitos concurrentes *en forma copulativa* para que procedan las "causas técnicas" o "estructurales", "cuando se demuestre que el despido es necesario para garantizar la viabilidad futura de la empresa *y* su competitividad", con lo cual se sigue ligando la procedencia de estas causales a una situación extrema de crisis de la empresa, dicotomía ampliamente superada por el modelo español, y que –dicho sea de paso– ha constituido la piedra de toque de la reforma laboral de 1994, como revela su exposición de motivos y la doctrina mayoritaria sobre este tema.

Es decir, que si no se demuestra que el despido es necesario para la viabilidad futura de la empresa, y conjuntamente con ella, su competitividad, el empresario no podrá acogerse al procedimiento de despido colectivo, con lo cual quedarían fuera del ámbito de la norma las solicitudes que principalmente tengan por objeto mejorar la competitividad de la

(54) PRADOS DE REYES, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52°.c del Estatuto de los Trabajadores", cit., pp. 81-82.

(55) Loc. cit.

(56) Loc. cit.

empresa, potenciando los aspectos organizativos en orden a optimizar sus procesos productivos.

Por ello, la doctrina diferencia entre ambas situaciones: "la viabilidad de la empresa a través de la reorganización y ajuste de sus recursos humanos, sobre la base de una real situación negativa o sobre la base de una preventiva actuación para esa viabilidad y el mantenimiento de su posición competitiva en el mercado"(57).

En suma, no obstante que la norma contenida en el ALGT pretende una aproximación a los estándares de "flexibilidad de salida" que aporta el ET, y con ello, marcar una diferencia notoria con la carencia absoluta de regulación que existe actualmente en nuestro ordenamiento, en orden a clarificar el complejo y controversial concepto de "causa económica", estimamos que el producto final se encuentra aún distante de una regulación que resuelva definitivamente los problemas aplicativos derivados de la arbitrariedad e impredictibilidad de los criterios de la AAT.

b. Despido individualizado por causas económicas, técnicas o estructurales

Por su parte, el artículo 154° del ALGT establece que:

> **"Artículo 154°.- Despido individualizado por causas económica, técnica o estructural, caso fortuito o fuerza mayor**
>
> Por las causas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 144° el empleador puede despedir directamente al trabajador, mediante carta que precise el motivo específico que invoca para el despido así como la fecha del cese.
>
> *Al cesar el trabajador, el empleador debe abonarle la indemnización a que se refiere el artículo 156° y, en su caso, efectuar el depósito de la compensación por tiempo de servicios que tuviera en su poder o que le adeudara. Si el empleador no efectúa el pago, depósito o consignación de esta sumas dentro de los cinco (5) días siguientes al despido, queda obligado al pago de la indemnización*

(57) MONEREO PÉREZ / FERNÁNDEZ AVILÉS, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", cit., p.168.

prevista en el artículo 135°".

Si bien resulta meridianamente claro que con esta norma el ALGT intentó reproducir el mecanismo recogido por el ET, en el sentido que mediante el despido individual por causas económicas se lograría obtener las cuotas de flexibilidad necesarias para que las empresas puedan afrontar eficientemente sus dificultades económicas, estimamos que ello dependerá de la interpretación que finalmente se efectúe de los términos recogidos en el primer párrafo del artículo 145°.

Cabe anotar que la norma bajo análisis –al igual que su equivalente del ET– al hacer un reenvío a las definiciones de causas económicas, técnicas o estructurales consignadas en el artículo 145°, nos permite señalar que nuestras apreciaciones sobre los requisitos que terminaba exigiendo el APLGT resultan igualmente pertinentes, por cuanto con estas mayores exigencias podrían verse dificultados el despido por causas económicas antes analizadas como el despido individualizado, por la vía de un control jurisdiccional posterior, o eventualmente por una acción de amparo[58].

Sin embargo, si nos atenemos a la terminología recogida en el acotado artículo, que finalmente deriva esta modalidad de despido individualizado a la esfera del empresario, en términos similares al ordenamiento español, tendríamos que conceder que la norma en este aspecto constituye un acierto del ALGT, en la medida que terminaría sustrayendo dichos despidos del ámbito de competencia de la AAT, posibilitando un mecanismo válido de ajuste a la demanda y a otros requerimientos del mercado.

3.2. Proyecto de Ley General del Trabajo aprobado en la Comisión de Trabajo del Congreso de la República

Finalmente, toca analizar el contenido del PLGT aprobado a nivel de la comisión de trabajo del Congreso de la República. Dicho proyecto analiza los aspectos abordados en el apartado anterior de la forma siguiente:

---

(58) Al respecto, debemos tener presentes los criterios jurisprudenciales sentados por el TC en materia de despido incausado (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) o despido fraudulento (Expediente N° 976-2001-AA/TC), que podrían ser invocados para enervar un despido individual por causas económicas.

a. Despido por causas económicas, técnicas y estructurales

El artículo 178° del PLGT establece que:

> **"Artículo 178°.- Contenido de las causas**
>
> La causa económica procede cuando se acredita que el despido es necesario para superar una situación económica negativa de la empresa o amortizar un puesto de trabajo. La técnica o estructural, *cuando se demuestre que el despido es necesario para garantizar la viabilidad de la empresa* [...]" (las cursivas son nuestras).

Conforme puede apreciarse, el PLGT suprime toda mención al objetivo finalístico de "competitividad", con lo cual, en forma automática, termina equiparando la causalidad técnica o estructural a la situación de dificultad económica de la empresa, condicionándolas dentro del objetivo de "garantizar la viabilidad de la empresa", totalmente distinto al de buscar mejores índices de competitividad, como reconoce acertadamente el ALGT.

Anteriormente hemos podido comprobar que el principal objetivo de la reforma del ET sobre esta materia, residía precisamente en articular las causas económicas y las causas técnicas, organizativas o de producción en forma armónica; diferenciando claramente los supuestos propios de la situación de crisis de la empresa, de los orientados a preservar su competitividad, entendida como "viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos".

Desafortunadamente, la opción del PLGT se inscribe dentro de una corriente diametralmente opuesta en esta materia, apartándose no solo del modelo más técnico adoptado por el ALGT, sino que virtualmente termina convalidando los cerrados criterios adoptados por la AAT antes analizados, constituyendo un serio retroceso, habida cuenta que estos contarían con un respaldo normativo del que hoy en día todavía carecen.

Ilustremos con algunos ejemplos emblemáticos la manera como podía impactar una propuesta como la que propugna el PLGT, que soslaya irrazonablemente requerimientos económicos como la pérdida de competitividad en el mercado, y otros análogos, en los que pudieran verse inmersos los agentes económicos.

El primer caso que conviene analizar es el referido a la solicitud presentada por AGP Industrias S.A. a la AAT, Expediente N° 12615-2004-DRTPEL-DPSC-SDNC, en el cual se sustentó la decisión extintiva en lo siguiente:

> "Que, mediante solicitud [...] la Empresa AGP Industrias S.A. al amparo de lo dispuesto en el inciso b del artículo 46° del TUO de la LPCL [...] solicita la terminación colectiva de los contratos de trabajo de veinte (20) trabajadores según nómina [...] sustentando la medida en que la empresa se dedica a la actividad de doblado de vidrio habiéndose iniciado con la producción de de parabrisas de autos, y actualmente viene atravesando una severa crisis reflejada en una serie de indicadores financieros *que denotan su posición en el mercado debido al bajo rango operativo que registra y al altísimo grado de endeudamiento frente a sus acreedores,* que bordea una proporción equivalente de 3 a 1 con respecto a su patrimonio [...] que al cierre parcial al mes de septiembre del 2003, *se tiene que la empresa presenta una reducción de tres veces su patrimonio neto* [...] que los resultados de la empresa durante los años 2001, 2002 y parte del 2003, revelan que la carga del aparato productivo y administrativo conjuntamente exceden la capacidad de generación de ingresos [...] que la empresa debe reestructurar sus finanzas, *a fin de hacer viable la decisión empresarial se consideró necesario eliminar la línea de producción para el sector de arquitectura y cerrar un punto de venta [...] manteniendo líneas competitivas en el mercado interno paralizando la producción para el sector automotriz* [...]".

A manera de anécdota, la pericia de parte del sindicato coincide con la gravedad de los indicadores presentados por la empresa a la AAT, cuando se señala que "del análisis de los balances generales y estados de ganancias y pérdidas de los años 1999 al 2003, se ha constatado que la empresa presenta pérdidas consecutivas, siendo que alcanza su mayor nivel en el año 2001".

Tanto la resolución administrativa de primera como segunda instancia, coincidieron en que la pericia de parte presentada por la empresa:

> "[...] no sustenta debida y adecuadamente la causa económica invocada, siendo insuficiente el hecho que alega para justificar la

> medida que solicita [...] *asimismo, no analiza adecuadamente el impacto de los costos de la planilla de remuneraciones de los trabajadores afectados, en la situación económica-financiera de la empresa*" (las cursivas son nuestras).

Es decir, para la AAT resulta irrelevante apreciar la situación de evidente falta de competitividad de una línea de producción, lo cual, aunado a una situación de evidente crisis económica, en atención a que el factor trabajo no sería el causante de la grave situación financiera de la empresa, que en el fondo recoge esta visión subyacente de "culpabilización del Derecho laboral", desplazando la misma al empleador, prescindiendo de cualquier otro dato del entorno económico.

Un segundo caso que interesa analizar dentro de esta perspectiva, es el referido a Embotelladora Latinoamericana S.A., materia del Expediente N° 58835-2004-DRTPEL-DPSC-SDNC, en que el empleador invocó la causal tipificada en el literal b del artículo 46° de la LPCL, alegando que a consecuencia de la modificación de la estructura de organización comercial de la empresa se había determinado tercerizar la comercialización y distribución de los productos terminados de bebida gaseosa, con lo cual, se debía prescindir del área correspondiente, extinguiendo el vínculo laboral de 233 trabajadores a nivel nacional.

El fundamento de esta decisión se sustentó en la necesidad de consolidar las operaciones separadas de dos empresas embotelladoras, dado que Corporación José R. Lindley había adquirido la mayoría accionaria de Coca Cola Sucursal del Perú en Embotelladora Latinoamericana S.A. (ELSA en adelante), por lo que:

> "[...] el modelo de ELSA demanda gastos totales de ventas y distribución que representa el 35% de las ventas netas, mientras que el gasto terminado al 31 de diciembre de 2003 la Corporación Lindley S.A. representó el 15% [...] que debido a las diferencias mencionadas, se hacía necesario que ELSA adopte el modelo del proceso administrativo, de ventas y distribución de productos de Corporación Lindley S.A. [...]"

A pesar de la manifiesta razonabilidad de la solicitud de ELSA, el pronunciamiento en primera instancia desestimó la misma, con fundamentos ciertamente cuestionables, por su falta de permeabilidad a la realidad

económica, como se expone seguidamente. El razonamiento seguido por la AAT fue el siguiente:

> "Que si bien de conformidad con el literal b del artículo 46° de la LPCL los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos son causas objetivas de terminación de los contratos de trabajo, la causa estructural debe tener incidencia en la realidad económica de la empresa, o en otras palabras, que se trate de circunstancias que, de no ponerles remedio, amenazan *la continuación viable y competitiva de la empresa* [...] (las cursivas son nuestras).

Siguiendo con este raciocinio, a juicio de la AAT "queda claro *que la mera voluntad del empresario de reestructurar su organización productiva, no habilita por sí misma la causal de cese colectivo por motivo estructural* [...] sin que se requiera que este se presente como la medida adecuada para hacer frente a una situación económica crítica".

Reafirmando el concepto, la resolución concluye argumentando que "esto significa que la mera optimización de recursos o disminución de los costos de producción, que es una necesidad permanente de las empresas, incluso de las más prósperas (sic), no puede configurarse como causa objetiva que habilite el cese colectivo".

La Resolución Directoral N° 015-2004-MTPE-DVMT/DRTPEL del 24 de septiembre de 2004, confirmó la resolución en segunda instancia administrativa utilizando argumentos análogos: "la descentralización productiva, como mecanismo de reestructuración empresarial, en sí mismo, no configura la causa objetiva estructural prevista en el literal b del artículo 46° de la LPCL", dado que "implica atribuir a la categoría de 'causa objetiva', la mera voluntad del empleador de llevar a cabo un proceso de reorganización".

Como se puede apreciar, de prevalecer un criterio rígido y reduccionista del concepto de 'causas técnicas o estructurales' como el asumido por el PLGT, resoluciones claramente contrarias a un elemental sentido de raciocinio económico como la glosada, prosperarían, tornando absolutamente inviable cualquier ajuste empresarial a su estructura organizativa, quedando condicionado a que se derive de una situación económica de crisis únicamente susceptible de superar a través de una decisión extintiva en esa dirección.

Este sesgo "anticompetitividad" que evidencia el artículo analizado, al ser recogido en el artículo 187° –que regula el despido individualizado por causa económica, técnica o estructural– y efectuar el reenvío a las causales reguladas en los numerales 1 y 2 del artículo 177°, y a las definiciones contenidas en el artículo 178° acotado, queda firmemente consolidado en el PLGT, con los riesgos que se ha expuesto a lo largo del presente ensayo.

4. COLOFÓN

A nuestro juicio, la evolución que ha sufrido el concepto de causas económicas como fundamento del despido colectivo en nuestro país, ha estado dominada por concepciones claramente proteccionistas cuya custodia ha sido encargada a la AAT, amparada en el ejercicio de las facultades discrecionales que le reconoce el ordenamiento a falta de una regulación expresa y adecuada.

El dato curioso es que no obstante sucederse diversos periodos y sucesivas administraciones gubernamentales, esa función que se autoatribuyó la AAT –de regular el mercado de trabajo– se ha mantenido incólume, al igual que sus criterios cuasijurisdiccionales, que se han resistido al cambio institucional.

Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, el dilema actual está planteado entre una regulación –si bien susceptible de perfeccionamiento– moderna y adecuada, encarnada por el PLGT, o el mantenimiento del statu quo, que para satisfacción del laboralismo clásico, habría encontrado una cálida acogida en el PLGT, que de ser aprobado en el Congreso de la República, terminaría trabando cualquier esfuerzo empresarial orientado a mejorar su competitividad, en sentido contrario a la regulación plasmada en el modelo español.

BIBLIOGRAFÍA

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, "Problemas actuales de los despidos individuales y colectivos: la sutil ampliación de la potestad empresarial extintiva", en VV.AA., *Temas actuales de Derecho laboral*, Normas Legales, Trujillo, 2005.

APILLUELO MARTÍN, Margarita, "El despido individual por causas económicas del artículo 52°, ap. c del TRET", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Pronunciamiento administrativo laboral: terminación colectiva de los contratos de trabajo*, Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo, Lima, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis, y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo e ideología*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1987.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "Extinción de la relación laboral en el Perú", en VV.AA., *La extinción de la relación laboral*, AELE, Lima, 1987.

PRADOS DE REYES, Francisco Javier, "Los despidos objetivos por las causas del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

RIVERO LAMAS, Juan, y DE VAL TENA, Ángel Luis, "Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, "Derecho, trabajo y despido", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, "La causa económica en el despido objetivo", en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Sevilla, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "Estudio introductorio", en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Edición conmemorativa del 25° aniversario con texto inicial y texto vigente, Madrid, 2005.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN REVISIÓN: PASADO Y PRESENTE

Daniel ULLOA MILLARES

"Las cosas cambian muy deprisa, pero los sentimientos y las mentalidades van más despacio que el dinero".

Carlos do Carmo (cantante de fado)

"En la relación de trabajo, y a diferencia del empresario, el trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel".

Alain Supiot, 1994

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una visita al museo: el sujeto protegido bajo el concepto clásico. 3. El mundo ha cambiado (lo han cambiado). 4. La importancia de definir al trabajador realmente autónomo. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo desea sugerir la estricta y necesaria recreación de algunos de los conceptos jurídicos clásicos del Derecho laboral, considerando lo que vemos todos los días en nuestras labores, en la calle, en los diarios, en los noticieros o mediante la internet: que los trabajadores *"formales"*

son la excepción, que mucha gente presta servicios sin estar regulada por el Derecho laboral y que los trabajadores, bien o mal, denominados autónomos, se unen, protestan, reclaman y obtienen muchas veces beneficios similares a los laborales para su colectivo. ¿Qué está pasando?, ¿nuevamente el Derecho llega tarde a su cita con la realidad?

En nuestro país el acceso al *reino* del Derecho del trabajo viene siendo, desde varios años atrás, un privilegio que tienen pocos y que se dificulta por la contradictoria política laboral del Estado, la inexistencia de incentivos legales y económicos para ser un empleador formal, la poca presencia de organizaciones sindicales representativas, los mayores costos que supone la contratación laboral de servicios frente a los costos de la contratación civil, la lentitud de los procesos judiciales para corregir los defectos del sistema y la hasta hace poco mínima reacción del servicio de inspección de la autoridad de trabajo. Si a todo esto se suma la poca seriedad de algunos empleadores (el *"criollismo"* mal practicado) y las bajas remuneraciones (que llevan a algunos a no querer ser formales para recibir un mayor ingreso) se puede entender la baja participación de los trabajadores formales en la PEA nacional.

Dentro de esta realidad, no es inusual encontrar bajo el concepto de trabajadores autónomos (en nuestro lenguaje: locadores, personal por recibos, por honorarios o SNP –servicios no personales–), básicamente, a dos grupos de prestadores de servicios: los que realmente son autónomos y los autónomos dependientes[1], comprendiendo en este ultimo concepto a quienes no están vinculados por contratos laborales pero prestan servicios por cuenta ajena o bajo algún tipo de subordinación que no es necesariamente la jurídica, denominados en otras legislaciones parasubordinados (Italia) o cuasi trabajadores (Alemania). Estos casos pueden darse por razones de fraude de ley, por comodidad de las partes (razones subjetivas) o porque no se comparten todos los elementos esenciales del contrato de trabajo, siendo que son dependientes económicos, mas no jurídicos (razones objetivas).

Esta intención de recreación de conceptos se basa en una tendencia ya desarrollada por la doctrina y destacada recientemente por la

(1) En un reciente artículo incluido en el internet (*Aspectos críticos del proyecto del estatuto del trabajador autónomo*, mayo 2007), el profesor español Manuel Alarcón Caracuel menciona una categoría adicional, considerando la variante del personal a cargo del autónomo. Así, según él, tendríamos al autónomo que tiene trabajadores, al autónomo que no los tiene y al autónomo que trabaja por cuenta ajena (el falso autónomo).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha venido reseñando en recientes estudios que el objeto del derecho del trabajo, la base sobre la cual centra su ámbito de aplicación, tiene necesariamente que adecuarse a la realidad. Este tema ha sido revisado por diferentes puntos de vista: como parte de la flexibilidad contractual y legislativa, como reacción ante la irrupción de las nuevas tecnologías o simplemente como una presión provocada por la globalización de la economía. Lo cierto es que diferentes fenómenos económicos y sociales han cuestionado la definición *clásica* y la aplicación de las instituciones típicas del Derecho del trabajo, creando dificultades a los usuarios y a los estudiosos. Aunque esto no resulta novedoso, ya que ha sido algo que siempre ha acompañado al Derecho del trabajo, siendo actualizada esta ultima oleada en España, casi treinta años atrás, desde el puntual estudio del profesor Martín Valverde[2].

La hipótesis que presentamos se basa en la necesidad esencial, implícita en todo Estado Social de Derecho como es el Perú, de otorgar y facilitar protección a aquellos colectivos que viven esencialmente de su trabajo personal y que cuentan con suficientes necesidades y argumentos para el disfrute y goce de los derechos laborales. Bajo este supuesto, consideramos que el factor determinante que resuelve definir quiénes deben tener tal protección debe ser, obviamente, la realidad. Hacia ella vamos, sin cuestionar lo valiosamente obtenido por la teoría sino, como decíamos al inicio, recreándolo, a fin de rendir homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, ejemplar abogado.

2. UNA VISITA AL MUSEO: EL SUJETO PROTEGIDO BAJO EL CONCEPTO CLÁSICO

2.1. Elementos esenciales y típicos del contrato de un trabajador

Como señala el profesor español Cruz Villalón, en un inicio: "las primeras leyes laborales van dirigidas a un segmento de la población perfectamente identificado sociológicamente [...]. [*E*]*l trabajo por*

(2) MARTÍN VALVERDE, Antonio, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en VV.AA., *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo, estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 213-236.

cuenta ajena y subordinado, efectuado por trabajadores manuales en unas actividades industriales bastante tipificadas, correspondientes comúnmente a empresas con un alto número de trabajadores e insertas, de ordinario, en el medio urbano[3]" (las cursivas son nuestras). Más que derecho es una legislación del trabajo, aplicable a un gran colectivo[4].

Asimismo, en palabras de Rodríguez-Piñero, "la delimitación inicial del campo de aplicación de las primeras leyes laborales se basó, en buena parte, sobre factores de carácter económico y social, de ahí la denominación de Derecho obrero o industrial, en la existencia de un tipo social, el de trabajador asalariado, sujeto componente de un grupo social, que no podía ser tratado como parte contractual al modo civil, como otros sujetos contractuales por su falta de poder económico y que necesitaba un tratamiento jurídico diferenciado del previsto en los códigos"[5].

En ese contexto son excepcionales las zonas grises, pues "concurren en términos acumulativos en todas y en cada una de las relaciones los rasgos de ajenidad en los frutos, en la utilidad patrimonial, en los riesgos, en la titularidad de la organización, en el mercado de bienes y servicios, así como una rígida subordinación del trabajador al poder directivo del empleador. Ello, por lo demás, se transfiere igualmente al campo de las relaciones colectivas de trabajo[6]".

Consecuentemente, encontraremos en esta primera etapa los siguientes conceptos de la relación calificada como *laboral*:

1. Prestación personal, lo cual supone que quien realice el servicio sea siempre una persona natural, quien cumple de manera personal el

---

(3) CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 169.

(4) Para una concisa explicación del origen del derecho del trabajo se puede revisar el trabajo de RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 21-38.

(5) Ibídem, p. 23.

(6) CRUZ VILLALÓN, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", cit., p. 170.

servicio objeto de contratación, si bien se aceptan excepciones generadas por la práctica o por específicos acuerdos entre las partes[7].

2. Remuneración. A cambio de la prestación se genera el derecho a una contraprestación por dicho servicio. Normalmente un monto en dinero o efectivo, aunque también es aceptado, con algunas limitaciones, el pago en otros bienes (pago en especie)[8]. El contrato de trabajo no deja de ser un contrato de prestaciones recíprocas, sinalagmático, por el cual se intercambian prestaciones.

3. Subordinación o dependencia, que alude a la forma o manera en que se prestan los servicios. En el contrato de trabajo, el prestador se somete jurídicamente, se ubica bajo las órdenes de su contratante, quien posee la facultad contractual de dirigir, fiscalizar y sancionar la actividad objeto del contrato. El prestador del servicio puede conocer o no la forma en que desarrollará su actividad, pero su contratante tiene la facultad de interferir de manera indiscutible sobre ella y de exigir el cumplimiento de sus indicaciones. Algunos indicios o rasgos sintomáticos que la realidad presentaba para facilitar la acreditación de la subordinación o dependencia son la obligación del trabajador de realizar reportes, los controles (en el lugar de trabajo, en la forma de trabajar), la propiedad de los bienes utilizados para la prestación del servicio, la fijación de un tiempo de trabajo (horario), entre otros[9].

4. Ajenidad, la cual apunta a dos aspectos normalmente concurrentes en las relaciones laborales clásicas o industriales, que son: la posición de las partes frente a los frutos del servicio y frente a sus riesgos. En un contrato de trabajo, los frutos y los riesgos del servicio son del contratante, del pagador. Gran parte de la doctrina española prefiere este elemento como elemento delimitador antes que la subordinación[10], a diferencia de la doctrina latinoamericana, en la cual

(7) En Perú, vider el artículo 5° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, del 27 de marzo de 1997.

(8) Vide los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificada por Ley N° 28051, del 2 de agosto de 2003.

(9) Vide el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(10) Un interesante análisis sobre el tema se puede ver en ALARCON CARACUEL, Manuel, "La ajenidad en el mercado: un criterio definidor del contrato de trabajo", en *Revista Española de Derecho del trabajo*, N° 28, Madrid, 1986, pp. 495-544.

la ajenidad forma parte de la definición del ámbito de aplicación del derecho del trabajo[11]. Empero, muchas veces vamos a encontrar casos de trabajadores con participación en los frutos (la remuneración bajo la modalidad de comisión o el derecho legal a la participación en las utilidades peruano, por ejemplo) o que comparten parte de los riesgos del negocio (como, por ejemplo, justificar la contratación temporal del personal de las empresas de intermediación con la vigencia del contrato celebrado con la empresa cliente. Al finalizar este, los contratos de trabajo vinculados también podrían resolverse válidamente).

Los elementos antes indicados fueron utilizados, desde la creación del Derecho del trabajo, como los determinantes del ámbito de aplicación del mismo. Eran los que la mayoría repetía. Y como normalmente estos elementos se presentaban de manera conjunta con otros, no definidores pero reiterados, la doctrina calificó estos últimos como *típicos*, a saber:

- el lugar de trabajo, que normalmente era la fábrica, la planta o el domicilio del contratante, siendo la excepción el "trabajo a domicilio", que también supone un contrato de trabajo pero bajo diferentes características o reconocimiento de derechos[12];
- el tiempo de contratación, que normalmente era a plazo indefinido, dado el objetivo del contratante de contar con el servicio del prestador de manera permanente, siendo la excepción la contratación temporal, condicionada a necesidades objetivas y no a la voluntad del empleador[13];
- la duración de la jornada, que normalmente era completa, es decir, ocho o nueve horas diarias, siendo la excepción las jornadas *atípicas*, es decir, aquellas que acumulan días de trabajo de más de ocho horas de servicio en cada uno con días de descanso (jornadas

(11) Por ejemplo NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003, pp. 15-35.

(12) Vide Título IV (artículos 87° al 96°) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(13) Vide Título II (artículos 53° al 83°) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

4 x 3, 12 x 8, 21 x 7, etc.)[14], así como las jornadas a tiempo parcial o *part-time*; y

- una sola contraparte, es decir, el trabajador normalmente laboraba para un solo empleador.

El estereotipo de este trabajador lo podemos ver en el personaje interpretado por Charles Chaplin en el cortometraje *Pay day*, del año 1922 (en su versión en español con el título de día de paga), quien labora manualmente en una gran fábrica, recibe su jornal al final del día –que es gastado en alcohol y diversión– para despertar al día siguiente a seguir su rutina. Es lo que la doctrina denomina o califica como modelo *taylorista* de trabajo, en referencia a la forma de trabajo establecida por Frederick Winslow Taylor (1856-1915), a la cual le siguió el modelo *fordista,* impulsada por Henry Ford (1863-1947).

Pero como es lógico deducir, todos estos elementos no los define exclusivamente la realidad o la naturaleza de la labor a realizar, sino, de manera directa, el contratante del prestador del servicio. En tal sentido, estos eran los elementos al inicio que se repetían en la mayoría de las prestaciones de servicio a utilizar o contratar. Pero cuando las nuevas tecnologías, la apertura de los mercados y las variaciones en los métodos de producción obligaron u otorgaron mayor libertad al contratante a variar o evitar estos elementos típicos, ellos empezaron a ser inusuales. Consecuentemente, surgieron mayores problemas cuando los cambios dificultaron acreditar o descubrir la subordinación del trabajador (creado y pensado bajo el supuesto del párrafo anterior), y del mismo modo, cuando el trabajador empezó a capacitarse o a presentarse capacitado al trabajo, a realizar labores de supervisión, a no asistir a un centro de labores o, simplemente, cuando asumía labores con amplios ámbitos de autonomía y poca subordinación.

En palabras del profesor argentino Goldin, ello se produce debido a "una alteración notable en el ejercicio del poder y una tendencia a la

(14) En el año 2006 el Tribunal Constitucional de Perú (TCP) emitió una importante sentencia referida al tiempo de trabajo en el sector minero, la recaída en el Expediente N° 4635-2004–AA/TC, la cual puede apreciarse en www.tc.gob.pe/2006jurisprudencia/04635-2004-AA.html. Esta sentencia fue rápidamente modificada mediante resolución de fecha 11 de mayo de 2006, la que puede verse en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA Aclaracion2.html.

difuminación del tipo dominante"[15]. Y como todo esto afectaba un elemento esencial del contrato de trabajo, su *desaparición* suponía la inaplicación de la legislación laboral para cada caso en que ello ocurriese. En otras palabras, la consabida huida (la expulsión para nosotros, dado que consideramos que no fue voluntaria) del derecho del trabajo.

Queda claro que utilizar actualmente el concepto de subordinación propio del modelo de trabajo clásico antes esbozado resulta claramente inadecuado por: "1) la crisis del sistema taylorista de organización del trabajo y su sustitución por fórmulas más flexibles [...], 2) la descentralización productiva [...], con la aparición de múltiples modalidades de trabajar para otro [...], 3) el aumento sustancial del sector servicios propio de una sociedad posindustrial [...], y 4) los cambios sustantivos que se han producido en la estructura social del país (mujeres, jóvenes)"[16].

Y es que, como sigue explicando Goldin, "el concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demanda esfuerzo calificatorio alguno. El concepto había sido concebido como réplica conceptual estilizada y abstracta de un tipo social dominante en cuya presencia el proceso de calificación del vínculo –simple, evidente y casi intuitivo– no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva ínsita en la práctica de utilización del procedimiento indiciario"[17].

Ejemplos de este cambio de labores los podemos encontrar en varios casos como el del taxista de empresas de movilidad particular, el agente de seguros, el comisionista mercantil, el repartidor de productos con vehículo propio (o alquilado), el abogado o el contador de un estudio profesional, el distribuidor exclusivo que labora con camiones alquilados o vendidos en cuotas por la compañía contratante, los médicos arrendatarios de clínicas, las anfitrionas de eventos, aquellos que se dedican al alterne, etc. Todos ellos normalmente prestadores de servicios contratados bajo modalidades no reguladas por el Derecho laboral a

(15) GOLDIN, Adrián, "Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)", en *Revista de Derecho del trabajo*, N° 29, Buenos Aires, 2003.

(16) CRUZ VILLALÓN, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", cit., pp. 175-176.

(17) Loc. cit.

pesar que realizan un servicio personal remunerado y *medianamente* subordinado.

En este punto debemos resaltar que algunos de estos grupos pueden confundirse con los denominados trabajadores *informales*, es decir, aquellos que, voluntaria o involuntariamente, se desvían de la regulación jurídica existente[18] al actuar al margen de la ley y estar casi siempre excluidos de la legislación laboral, la seguridad social, la salud ocupacional o de cualquier otra forma de protección social[19], encontrándose básicamente en tres los segmentos de trabajo: por cuenta propia, dependientes de microempresas y los microempresarios[20].

Al respecto, según lo señaló la OIT en la resolución relativa al trabajo decente y la economía informal adoptada en la conferencia internacional del trabajo, realizada en su nonagésima reunión, en el año 2002, "el término *economía informal* hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, esta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o por imponer costos excesivos"[21] (las cursivas son nuestras). Se menciona que en la economía informal hay trabajadores asalariados y trabajadores por cuenta propia[22].

---

(18) ARCE ORTIZ, Elmer, "Informalidad, Derecho y Derecho social", en VV.AA., *Ponencias presentadas al primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, p.73.

(19) BOZA PRO, Guillermo, "Informalidad y relaciones laborales", en VV.AA., *Ponencias presentadas al primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 47.

(20) Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú, en el año 2005, el 77% de la población económicamente activa se encontraba en el sector informal, y el 23% restante estaba repartido en la pequeña empresa, la gran y mediana empresa, el sector público y los profesionales independientes.

(21) Numeral 3 de la resolución antes indicada, la cual se puede revisar en www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf.

(22) Numera l 4 de la citada resolución.

Por tanto, la categoría *informal* puede darse en cualquiera de los ámbitos regulados, sea el de los dependientes o en el de los autónomos, creando un nuevo reino, en el cual "los trabajadores de la economía informal no están reconocidos, registrados, reglamentados o protegidos en virtud de la legislación laboral y la protección social, por ejemplo, en los casos en que su situación de empleado es ambigua y, por consiguiente, no pueden disfrutar de sus derechos fundamentales, ejercerlos o defenderlos"(23). Empero, el problema que ahora analizamos supone revisar el motivo por el cual no se tutela social o laboralmente a un grupo de personas que, siendo formales y reconocidos por el Derecho, se les excluye –legal o realmente– del ámbito del Derecho del trabajo.

Así podemos percatarnos que la realidad nos muestra a un grupo de personas, los trabajadores formales, los subordinados *clásicos* expresamente reconocidos, quienes resultan ser la excepción por la presencia de distintos contratos civiles o mercantiles que sustentan o intentan comprender dentro de ellos prestaciones de servicios personales y remuneradas que no son autónomas pero que tampoco cumplen con todos los elementos conocidos o típicos de una subordinación. Conjunto hacia el cual la doctrina empezó a tomar mayor atención desde inicios de los noventa, con ánimo defensivo o con resignación(24).

Estos cambios no solamente suponen revisar el modelo de protección legal sino también una apertura en el campo de acción e influencia de las organizaciones sindicales. El profesor italiano Romagnoli lo señala claramente: "Por el contrario, tras los tiempos heroicos del titanismo reivindicativo de los hombres del mono azul y de las manos encallecidas, ha llegado el del pueblo de los hombres y mujeres con vestidos estampados de variados colores y que tienen en el bolsillo un diploma, quizá una licenciatura, ocupados más o menos precariamente en trabajos no estándar de difícil clasificación. Es el tiempo en el que la lealtad de los devotos a los que se confía un sindicato de militancia es una mercancía rara, mientras abundan los cálculos de conveniencia de los que un sindicato de servicios puede aprovecharse. Es como decir que llega el tiempo en el que un sindicato dispuesto a repensarse a sí mismo está obligado a integrar su rol de representación de ciudadanos en cuanto trabajadores de-

(23) Numera l 9 de la citada resolución.

(24) Un buen resumen de esta situación es realizado por el profesor SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA, Lima, 1997.

pendientes en la dirección de articular, diferenciar, especializar sus funciones para promover la industriosidad de la generalidad de los trabajadores en cuanto ciudadanos"[25].

2.2. Reacciones ante el cambio

Ante esta situación la doctrina tomó diferentes caminos: algunos optaron por defender el principal elemento esencial cuestionado, otros buscaron un nuevo elemento definidor del contrato de trabajo y otros simplemente señalaron el final de la historia del Derecho del trabajo.

El profesor García Murcia forma parte del primer grupo. En 1999 indicaba que debían observarse otras características en las prestaciones laborales de servicios a fin de adoptar "la concepción *moderna* de la dependencia en el trabajo, entendida ya no como subordinación rigurosa a ordenes ajenas, sino más bien como inserción en el círculo rector y organizativo de otra persona. Circunstancia esta que, más allá de la denominación otorgada por las partes al contrato, podía deducirse de diversos indicios, como la obligación del portador de acudir diariamente al lugar de recogida de las mercancías, la fijación por el cargador de zonas o clientela, la habitualidad o continuidad en la prestación de servicios, la retribución por tiempo de servicio o en función del recorrido, o la inserción en el vehiculo del transporte de anagramas, anuncios o logotipos de la empresa (según sentencia del Tribunal Supremo –STS– de fecha 4 de noviembre de 1993, Aranzadi 8543)"[26].

Por su parte, Montoya Melgar[27] daba cuenta de las discusiones en torno a si la dependencia debe ser el criterio definidor de la materia regu-

---

(25) ROMAGNOLI, Umberto, "Renacimiento de una palabra", en *Observatorio laboral de la fundación sindical de estudios*, Nº 40, Madrid, 2006, p. 8.

(26) GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Los transportistas de mercancía", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 140.

(27) MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del trabajo", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 57-72. Este artículo también fue publicado en *Revista Española de Derecho del trabajo*, Nº 91, Madrid, pp. 709-723; Empero, las citas serán del primer texto.

lada por el Derecho del trabajo. Cita dos congresos académicos realizados en 1998 que discutieron dicha problemática (la Conferencia de la Comisión Europea sobre "Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa", realizado en Madrid el 19 y 20 de junio de 1998 y el Congreso sobre "Il futuro de la subordinazione nell'evoluzione del Diritto del Lavoro", realizado por la Fondazione Giulio Pastore, Roma, los días 25 y 26 de junio de 1998") e indica que "la subordinación es un hecho social, [...] absolutamente habitual en las prestaciones de trabajo asalariado a través de la historia"[28] y que la noción de dependencia evoluciona desde el sometimiento a las ordenes e instrucciones del empresario a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno[29].

Por su parte, Sempere y Cavas afirman, basados en decisiones jurisprudenciales, que la dependencia debe entenderse "como una sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la actividad o quehacer convenido en el vínculo contractual' (STS del 15 de junio de 1987), que 'va más allá del deber de cumplimiento propio de toda obligación, siendo esta nota la que singulariza el contrato de trabajo distinguiéndolo de otro tipo de relaciones jurídicas' (STS del 13 de noviembre de 1989)"[30].

Años atrás estos mismos autores indicaban la inutilidad del criterio de la ajenidad en los riesgos para diferenciar la relación laboral especial del representante de comercio con el contrato mercantil de agencia, aspecto que según indican, también lo denotaba la jurisprudencia. En esos casos, tal como lo indicó la STS del 2 de julio de 1996, el criterio delimitador es la dependencia: "cuando el agente organiza su propia actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a instrucciones que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actúa"[31].

Supiot resume este punto de manera pedagógica: "El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad

---

[28] Ibídem, p. 60.

[29] Ibídem, p. 62.

[30] SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social unificada 2000*, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 55-56.

[31] SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, en *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 69.

autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato"(32).

A nivel latinoamericano, los profesores Ermida y Hernández señalaban en el año 2000 que "la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho laboral, pero las nuevas realidades laborales llevaban a reformular sus conceptos y entender que 'un nuevo criterio para definir la subordinación debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física, siendo el elemento diferenciador 'la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono'. No obstante, los autores ven con simpatía la extensión de la tutela laboral a 'toda forma de trabajo humano', es decir, comprender a los trabajadores auténticamente independientes o autónomos, aunque precisan que ello requiere 'análisis más detenidos' pues no puede significar 'el trasplante mecánico y masivo de los institutos de Derecho individual del trabajo, sino en su reconstrucción o adaptación, la que debería apoyarse en el Derecho colectivo del trabajo y en la seguridad social'"(33).

Por su parte, el profesor argentino Goldin se preguntaba en 2003 si "la categorización universalizadora (sic) del concepto tradicional de la dependencia deja espacio suficiente para la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva"(34).

Sanguineti destaca que existen "relaciones de trabajo subordinado sobreprotegidas y prestaciones de trabajo autónomo que se desenvuelven en un marco de hiposuficiencia contractual"(35), por lo que esboza dos alternativas de solución para la que él denomina una "categoría tan singular de trabajadores": una cláusula general que delimite de forma abstracta

(32) SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 145.

(33) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, "Crítica de la subordinación", en *Ius et Veritas*, PUCP, N° 25, 2002, p. 294.

(34) GOLDIN, "Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)", cit.

(35) SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, cit., p. 76.

los contornos del colectivo de trabajadores autónomos para aplicarles de algunas de las garantías de los dependientes o un conjunto de regulaciones especiales(36).

2.3. Necesidad de una nueva definición del concepto "trabajador"

Resulta claro que el modelo de relación laboral y de contrato de trabajo *típico* ya no se presenta de manera generalizada en la realidad, si es que alguna vez tuvo prevalencia (la mayoría de los trabajos que tratan sobre el trabajo autónomo se inician con la explicación antes indicada). Esto ya había sido constatado décadas atrás, por lo menos desde los años sesenta (en la doctrina española se pueden revisar los trabajos de Rodríguez-Piñero y Cabrera Bazán).

Al respecto, resulta evidente la afirmación de Martín Valverde cuando señala que: "la determinación en concreto de si existe descentralización productiva formalizada en un arrendamiento de servicios o mera apariencia de tal que tiene por debajo un contrato de trabajo puede resultar difícil muchas veces"(37).

Ante los numerosos ataques que recibió el Derecho del trabajo, la doctrina laboral mayoritaria ha venido defendiendo la vigencia de sus normas y a su vez ha tratado de explicar, con diferente suerte, las razones del cuestionamiento del Derecho laboral, la vigencia de sus principios y, en todo caso, los caminos que debe transitar(38). Todo esto motivado por las preocupaciones y exigencias creadas por las prácticas económicas, por la globalización, por las nuevas formas de prestación de servicios. En resumen, por los nuevos esquemas presentados en la realidad y que vienen cuestionando las bases sobre las cuales se construyó la especialidad laboral.

No debemos olvidar que el Derecho del trabajo cumple una función de legitimación social del modelo, de compensación de desigualdades (el cuanto lo definen muchos factores, a saber políticos, sociales,

(36) Ibídem, p. 78.

(37) MARTÍN VALVERDE, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", cit., p. 227.

(38) GOLDIN, "Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)", cit.

económicos, etc.), de cohesión social (es su necesidad de subsistencia). En tal sentido, siempre debe revisarse el patrón normativo para actualizarlo, dado que el derecho del trabajo no puede comprender solamente el modelo industrial(39).

Por esto es que Supiot describe que "[...] la tendencia general en Europa se dirige, sin embargo, a lograr un acercamiento de la situación jurídica de estas categorías especiales de trabajadores (los anteriormente excluidos por la legislación) a la propia del resto de trabajadores asalariados [...]. A medida que retroceden, de este modo, antiguas divisiones que se fundaban en la naturaleza de las tareas y en la referencia al trabajo concreto, surgen *nuevas fuentes de fragmentación* jurídica del mundo del trabajo. Esta fragmentación se observa en los dos extremos de la jerarquía de los trabajadores: hacia abajo, por el desarrollo del trabajo atípico, y hacia arriba, por la aparición de una figura curiosa: el alto cargo. El aspecto más preocupante de la evolución es que se extienden las garantías del derecho del trabajo allí donde parecen menos necesarias y se retiran allí donde no ofrece duda su necesidad"(40).

Empero, también se señala que la necesaria adecuación no debe suponer un cambio de rumbo que implique modificar los principios del Derecho del trabajo. Un ejemplo de ello se presenta resumido en el prólogo de lo que se conoce como el Informe Supiot, trabajo elaborado a fines de la década pasada por varios profesores europeos mediante el cual se ofrecieron propuestas para afrontar los cambios que inciden en el Derecho laboral, en donde se señala que: "desde una perspectiva de análisis critico de las categorías tradicionales, el Informe se sitúa en una línea de propulsión de esos cambios y de su valoración positiva, a partir del convencimiento de que el mantenimiento rígido de lo existente no puede llevarnos muy lejos y de que el sometimiento pleno de los derechos, ligados a la realización de un trabajo a las exigencias de la economía nos llevara a la desintegración de nuestras sociedades, sin, por lo demás, asegurar la necesaria eficiencia de la economía europea"(41).

---

(39) Según afirmó el profesor Manuel-Carlos Palomeque López en la Quinta Jornada Universitaria de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales realizada en Elche, España, el 30 de marzo de 2006.

(40) SUPIOT, *Crítica del Derecho del trabajo*, cit., p. 52.

(41) SUPIOT, Alain, "Prólogo", en Alain Supiot (coord.), VV.AA., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 17.

El citado informe admite que es necesario enfrentar el problema con diversas alternativas y que los nuevos modelos económicos y de prestación de trabajo no son necesariamente prácticas evasivas de la legislación laboral: "la situación económica y social actual no puede, pues, reducirse a la emergencia de un modelo único de relación de trabajo, sino que se caracteriza por una pluralidad de mundos de producción. Así, por ejemplo, el recurso al trabajo independiente, a la subcontratación o la externalización de la mano de obra puede responder a simples estrategias de huida de Derecho del trabajo, y a la búsqueda de una reducción de costes, en sectores de actividad tradicional y de escaso valor añadido. Pero también puede corresponder a estrategias de innovación en sectores de elevado nivel de cualificación"(42).

Del mismo modo, "desde un punto de vista jurídico, estas transformaciones pueden identificarse principalmente en los tres niveles siguientes:

a. el de la promoción o el desarrollo del trabajo por cuenta propia (autoempleo) con respecto al trabajo por cuenta ajena;
b. el de la evolución del criterio de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo;
c. el de la externalización o la subcontratación del trabajo hacia empresas económicamente dependientes de un empresario principal(43)".

Lo anterior ha llevado a la OIT a diferenciar los supuestos de prestación de servicios pues "'son cada vez más frecuentes las controversias acerca de la naturaleza jurídica de una relación en virtud de la cual se prevé la prestación de un servicio. Una relación de trabajo puede ser disfrazada o puede ser objetivamente ambigua'. Empero 'los problemas a los que se ven confrontados los trabajadores implicados en relaciones de trabajo *triangulares* dan lugar a cuestiones jurídicas diferentes [...]. Para estos trabajadores no existen dudas respecto de su situación laboral, pero a menudo encuentran dificultades para saber quién es su empleador, cuáles son sus derechos y quién o quiénes deben responder por ellos'(44).

(42) Ibídem, p. 37.

(43) Loc. cit.

(44) Loc. cit.

Como señala Rodríguez-Piñero sobre la base de una idea de Supiot, el problema no es si el concepto de subordinación debe ser modificado o no, cuanto que si el derecho del trabajo debe dejar desprotegidas otras formas de trabajo que deja hoy fuera. Sobre esto, el Informe Supiot establece que "el gran desafío del Derecho del trabajo está hoy en la reordenación de sus instrumentos de tutela y también en dar cumplida respuesta al problema de si puede continuar prescindiendo de la realidad social, dejando desprotegidos a prestadores de trabajo jurídicamente autónomos, en situación socioeconómica similar a los trabajadores, de modo que dentro del "multiverso" del trabajo autónomo se puedan concretar situaciones que no se pueden dejar por completo a la regulación civil o comercial y a las que deben aplicarse de algún grado alguna de las técnicas de tutela propias del Derecho del trabajo"(45).

2.4. Reino poco poblado y mayorías en extramuros: ¿se requiere nuevas fronteras?

El reino del Derecho del trabajo pierde súbditos no solo porque hace difícil el acceso a su territorio mediante la imposición de reglas o costos incómodos de seguir generalmente por el contratante del servicio (y que no son adecuadamente exigidos por la autoridad de trabajo) sino también porque no ha podido modernizar o adecuar sus instituciones hacia aquellas que la economía empezó a generar, fortaleciendo la idea de su inutilidad. Así, la legislación civil o mercantil acoge a estos nuevos ciudadanos, ofreciéndoles lo mínimo para su sustento y el máximo ingreso inmediato, y, paulatinamente, van reduciendo la población del reino laboral.

Ante este escenario, una opción supone recrear el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, para así comprender a los *nuevos* trabajadores. Al respecto, el profesor Montoya Melgar señala que "la idea tan grata a la razón y al sistema de un derecho del trabajo común y único para todo tipo de actividad laboral choca frontalmente con la pluralidad de modalidades sociales de trabajo y con la consiguiente diversidad de tratamientos que esas modalidades requieren"(46).

(45) SUPIOT, "Prólogo", cit., p. 56.

(46) MONTOYA MELGAR, "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del trabajo", cit., p. 71.

Consecuentemente, propone que "la equitativa pretensión de dotar de un estatuto protector, inspirado en el que proporciona el derecho del trabajo, a ciertas categorías de trabajadores no dependientes, debería discurrir, no por la vía de desdibujar el concepto de dependencia para hacer entrar en el formas de trabajo cuasi o semidependiente, sino por la más clara y rigurosa de asimilar dichas categorías a los trabajadores dependientes. Por lo que respecta a los trabajadores netamente independientes o autónomos, su protección sería más bien cometido de la seguridad social, sin perjuicio de algunos complementos importados del régimen jurídico del trabajo dependiente, en tanto fueran compatibles con la naturaleza del trabajo autónomo"(47).

Vamos entonces a intentar conocer al nuevo ciudadano, para comprobar si es posible acoger la idea del profesor. O si la reciente creación legislativa española para proteger al trabajador autónomo(48) supone un avance en este objetivo.

3. EL MUNDO HA CAMBIADO (LO HAN CAMBIADO)

3.1. La globalización, la descentralización, la deslocalización, las nuevas formas de trabajo y el revuelco legal

La globalización no es un tema reciente(49). Ha asumido mayor actualidad desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial, básicamente como consecuencia de la importante actividad económica realizada en tres aspectos: las operaciones bancarias, la manufactura o procesamiento de bienes –necesaria porque los recursos no pueden moverse– y las ventas(50). Y es que "los movimientos que impulsan el proceso denominado

(47) Ibídem, p. 72.

(48) La Ley 20/2007, Estatuto del Trabajo Autónomo, cuya entrada en vigencia se produjo en octubre de 2007.

(49) Es importante analizar el impacto que producía el libre comercio en el movimiento internacional de capital y de trabajo se inició a finales del siglo XIX, dado que en el siglo XVIII y gran parte del XIX no se encuentra alusiones a tal posibilidad, tal como señala SASSEN, Saskia, *La movilidad del trabajo y del capital*, MTSS, Madrid, 1993, pp. 17-18.

(50) Para una interesante reseña sobre este tema vide GALBRAITH, John Kenneth, *Anales de un liberal impenitente*, Gedisa editorial, Madrid, 1982, pp. 73 y ss.

globalización, esto es, la revolución tecnológica, la hegemonía del pensamiento neoliberal, la liberación del comercio mundial y de los movimientos de capitales, el auge de las empresas multinacionales, o la pérdida de control por parte de los Estados, son a su vez, elementos que interactúan entre sí, aumentando la interdependencia –tanto de modo personal como orgánica– de la sociedad, la cultura, o la economía, y especialmente también de las empresas"(51).

Bajo este esquema, siguiendo a Galbraith, la corporación multinacional es la adecuación casi ineludible al comercio internacional en materia de bienes de capital y de consumo modernos(52). Y ello, inevitablemente, afecta al Derecho del trabajo, el mismo que cuenta como principal fuente normativa general a la OIT pero que en general resulta ser básicamente un Derecho nacional, especifico de cada país.

Esta realidad supone que deba existir, por parte de la empresa multinacional, una importante relación con cada gobierno de los países en los cuales pretende actuar. Nótese cómo cada gobierno es el que garantiza o establece las reglas de juego sobre las cuales la empresa va a trabajar, y ¿emisor de los problemas? se quieren cambiar(53). Y una de esas reglas de juego es definida por el Derecho del Trabajo de cada país, derecho que tuvo que adecuarse ante el nuevo modelo económico, al nuevo modelo de prestaciones de servicio, considerando que ahora compite no solamente con sus países o regiones limítrofes, sino con todo el mundo.

Estas reglas y sus cambios afectan también, obviamente, al prestador del servicio, al trabajador, quien reclama una protección adecuada a su

(51) MORENO MARCOS, Marta, "El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenos", en *Revista de Derecho Social*, Nº 36, Albacete, 2006, p. 112.

(52) Ibídem, p. 77.

(53) Recordemos, por ejemplo, los problemas de Repsol en Bolivia al inicio de la presidencia de Evo Morales o la resolución del contrato por parte del gobierno argentino con la empresa Aguas Argentinas –hasta el 21 de marzo de 2006 en propiedad del grupo francés "Suez"– dando paso a la empresa estatal "Agua y Saneamiento Argentinos - AySA", opción que ya se había hecho en la década del noventa con el servicio del Correo –a cargo del grupo Macri–, el control del espacio radio eléctrico –que lo tenía la empresa francesa Thales– y del ferrocarril San Martín –en manos de la empresa Metropolitano–.

condición y que curiosamente tiene teórico derecho a esa tutela por ser casi generalizado el Derecho del trabajo[54].

Bajo este esquema, limitados al mundo *formal*[55], vamos a encontrar, protegidos por la legislación laboral, a aquellos que prestan personalmente un servicio, remunerado y subordinado, es decir, aquellos que cumplen los *elementos esenciales* del contrato de trabajo antes reseñados, postulado que también es recogido por nuestra legislación para presumir la existencia de un contrato de trabajo a plazo indefinido[56]. Como trabajador tenemos entonces al prestador de servicios subordinado. Pero ¿quién es subordinado?, ¿el vendedor ambulante de mercancías, el conductor o el cobrador de medios de transporte público, el electricista, el vigilante, el médico, el ejecutivo, el mensajero, el futbolista, el campesino?

3.2. ¿Hay zonas grises o todo es blanco o negro?

Como ya se podrá deducir, la realidad nos lleva a la discusión sobre la crítica de la subordinación[57] y a preguntarnos nuevamente sobre el ámbito de la relación de trabajo[58], labor que la doctrina y la OIT vienen evaluando hace varios años.

Y es que, como recientemente señala Rodríguez-Piñero, "el ámbito de la relación de trabajo afecta al núcleo central de toda la compleja regu-

---

(54) Contribuye a este afán generalizador la vigencia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, realizada en junio de 1998, la cual supone el respeto de todos los miembros de la OIT a los derechos de (i) libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento de la negociación colectiva, (ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil y (iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, por el hecho de su afiliación, sin ser necesaria la ratificación de dichos convenios para su debida exigencia y respeto. El respeto a esta Declaración es un elemento base en el acuerdo de la firma de Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos.

(55) Vide notas 19-22 anteriores.

(56) El articulo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala 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".

(57) ERMIDA/HERNÁNDEZ, "Crítica de la subordinación", cit., pp. 281-295.

(58) Ver la reciente Recomendación Nº 198 aprobada por la OIT en el año 2006, producto de numerosas discusiones previas al interior de dicha organización.

lación del trabajo e incluso de la protección social, frecuentemente vinculada en su aplicación a la condición de trabajador. El tipo contractual trabajo subordinado es el eje sobre el cual gira el estatuto del trabajador y su tutela a través de los principios, normas e instituciones propias del Derecho del trabajo, incluidas las normas internacionales del trabajo. También los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como, por ejemplo, los definidos en la Declaración de la OIT de 1998, toman como presupuesto la existencia de una relación de trabajo"[59].

Dada esa importancia, debemos contar con elementos que puedan ser útiles para una mejor aproximación al concepto de trabajador y evaluar si es necesaria la inclusión en él de las diversas modalidades de prestadores de servicios que observamos en la realidad, entre ellas a los denominados autónomos. Con ello comprobaremos que el reino laboral y extramuros no están divididos en regiones blancas, negras y grises, sino que la mayor parte es mezcla, siendo lo excepcional los conceptos "puros".

Posición preferente en esta labor lo ocupa la función jurisdiccional. En opinión de Lujan[60], "sin lugar a dudas, y por lo que se refiere a la definición del ámbito subjetivo del contrato de trabajo, la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC cubren en este momento (1962-1980) una de las etapas de mayor esplendor y calidad científica. Al margen del aumento considerable de las relaciones de servicios que se laboralizan, hay que destacar la perfección alcanzada en relación al sistema de indicios, y sobre todo, en la construcción de las categorías jurídicas explicativas de la naturaleza del contrato de trabajo y de sus elementos definidores, especialmente la polémica nota de *dependencia*. Paralelamente, la doctrina de los autores conoce un momento cumbre, apareciendo la cuestión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo como tema recurrente en el estudio de los 'nuevos' especialistas en derecho del Trabajo". A continuación, hacemos un breve resumen de dicha función.

---

(59) Opinión incluida en el editorial de *Revista Relaciones Laborales* Nº 20, Madrid, 2006, p. 1.

(60) LUJAN ALCARÁZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 36-37.

3.3. Labor de la jurisprudencia en la identificación de las características del reino laboral

3.3.1. En Perú

La aplicación del principio de primacía de la realidad es una facultad que legalmente tienen los inspectores de trabajo(61) y los jueces laborales, siendo aplicado también por el Tribunal Constitucional Peruano (TCP), quien lo ha definido señalando que "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"(62).

En este sentido, el TCP ha utilizado ciertos indicios o elementos para definir una relación como laboral en varias sentencias emitidas en procesos de amparo(63), algunas de las cuales pasamos a comentar.

Por ejemplo, la labor realizada y el carácter permanente de la misma definieron la naturaleza de la relación en la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2003-AA/TC, caso presentado por un chofer de municipalidad provincial contratado mediante servicios no personales. Asimismo, el carácter ininterrumpido o permanente de la labor definió la naturaleza laboral del servicio de otro chofer pero esta vez de una municipalidad distrital, según la sentencia correspondiente al Expediente N° 2282-2004-AA/TC.

La existencia de un horario de trabajo o de comunicaciones internas dirigidas al prestador de servicio fueron otros datos utilizados por el TCP para definir como laborales los casos presentados en los procesos de amparo recaídos en los Expediente N°s 2371-2004-AA/TC (representante comercial que laboró sin contrato vigente y con horario de

(61) Artículo 2° de la Ley N° 28806, del 22 de julio de 2006:

"El funcionamiento y la actuación del sistema de inspección del trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: [...] 2. Primacía de la realidad, en caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados".

(62) Fundamento N° 3 de la sentencia emitida en el Expediente N° 1944-2002-AA/TC. También lo define en el Fundamento N° 1 de la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2003-AA/TC de fecha 25 de setiembre de 2003.

(63) Todas las sentencias del TCP pueden verse en la sección "consulta de causas" en www.tc.gob.pe.

trabajo), 2565-2005-AA/TC (asistente de recepción) y 1210-2006-AA/TC (policía municipal).

En el Expediente N° 10139-2006-AA/TC (iniciado por una digitadora que prestó servicios para una zona franca) el TCP encontró memorandos con instrucciones, memorandos de felicitación y una comunicación de horario de trabajo. En este caso indicó que "es evidente, entonces, que el desempeño de las labores de la recurrente se efectuó mediante una prestación personal, sujeta a subordinación y observando un horario de trabajo, lo que configura la existencia de una relación laboral, lo que se corrobora, además, con el acta de inspección programada del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo".

La ubicación del cargo "dentro de la jerarquía institucional" de la entidad contratante supuso, además de la existencia de un horario de trabajo, de un certificado de trabajo, de un carné de trabajo y de varios registros de asistencia, la calificación laboral de un jefe de informática en el proceso de amparo recaído en el Expediente N° 4194-2006-AA/TC.

En el Expediente N° 4611-2006-AA/TC, la demandante era una asistente de logística que presentó memorandos en las que su contratante le solicitaba la justificación de sus inasistencias, que debía cumplir un horario y un tipo de vestuario, que recibía viáticos que tenía rendir cuenta y que, inclusive, alguna vez le encargaron portar la banderola institucional en un evento oficial. Como si esto fuera poco, tenía carné de trabajo y constancias en que las que se la describía como trabajadora.

Finalmente, en el Expediente N° 457-2006-AA/TC diecisiete personas presentaron un acta de inspección del MTPE, constancias de horarios de trabajo, de rol de turnos, memorandos diversos requiriendo justificación de inasistencias, pérdidas de bienes, asistencia obligatoria a cursos, fotochecks de trabajo, certificados de capacitación.

Así expuesto, pareciera que en el Perú el proceso de amparo resulta una vía paralela –y hasta más beneficiosa– para llevar a discusión la naturaleza de la prestación de servicios realizada, dado que a diferencia de lo previsto en la legislación laboral, una sentencia declarada fundada supone la reposición en el puesto de trabajo perdido. Empero, para resolver un caso de primacía de realidad, el TCP asume competencia solamente cuando se alega la existencia de un despido arbitrario o incausado. Si bien esto puede hacerse siempre, cabe indicar que existió un pequeño lapso en el cual el TCP calificó las demandas de primacía de la realidad

como improcedentes (se pueden ver las sentencias emitidas en los Expedientes N°s 3940-2006 y 3042-2006) sin importar si el régimen laboral era público o privado, alegando la aplicación de los fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-AA/TC (caso Baylón Flores).

Por otro lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha establecido los siguientes criterios:

En la Casación N° 765-97 (publicada en la página 4463 del cuadernillo "Casaciones" del diario oficial *El Peruano*) la Corte entiende laboral una relación civil en la cual observó que existía prestación desempeñada en forma personal y exclusiva, había horario de trabajo y un documento que dispuso unilateralmente una asignación de funciones diferente al objeto del contrato civil, lo cual calificó como propio de una relación de subordinación.

En la relación contractual resuelta en la Casación N° 2451-97 (página 4794) se observó que se habían fijado los días de trabajo y descanso, el pago de alojamiento, alimentación e implementos de seguridad, lo cual califica para la Corte como condiciones de prestación de trabajo. Además, las labores se realizaban en la sede de la contratante (una empresa minera).

Aquí cabe resaltar que existen sentencias que proclaman la inaplicación del principio de primacía cuando existe una ley especial que expresamente consagre la exclusión de la prestación de servicio del Derecho laboral. Así lo definió la Corte Suprema en las casaciones N°s 1198-97 (p. 6964) y 22016-98 (p. 6968). Si bien esta posición fue modificada mediante la casación N° 1344-2000 (p. 7662), caso en el cual el principio de primacía prevaleció frente al texto de la ley, rápidamente se asumió la primera posición con la casación N° 73-2005 (p. 16661).

En el mismo sentido, la Corte Suprema señaló en otras sentencias que no procede revisar vía casación la inaplicación del principio de primacía de la realidad pues ello supone una nueva revisión de hechos: casaciones N° 933-03 (p. 13367) y 753-2006 (p. 19434).

En tal sentido, podemos considerar que la práctica judicial de las últimas instancias utiliza los criterios doctrinales comunes y se muestra generalmente coherente al momento de resolver un conflicto de pertenencia al reino laboral, aunque en algunos casos ella se defina con la sola existencia de un memo o una carta de amonestación durante todo el tiempo discutido.

En resumen, nuestra jurisprudencia posibilita el ingreso al reino laboral con la verificación de la existencia o utilización de los elementos típicos del contrato de trabajo, generalmente memorandos o un horario de trabajo. Es decir, elementos cuya existencia depende del contratante.

3.3.2. En España

Lujan señala: "[E]n definitiva, decidir qué relaciones quedan integradas en su ámbito es una tarea que compete realizar a los jueces en cada caso concreto; porque la extensión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo brota de la realidad misma de la contratación y se impone como objeto de reconocimiento y tutela al Derecho, siendo precisamente a este propósito al que sirve la jurisprudencia. Se desplaza, así, el centro de gravedad de la actividad judicial desde la norma a la vida, desde el dato normativo a la realidad normada, realizando lo que se ha llamado 'readaptación judicial del Derecho'"(64).

Sempere y Cavas(65) relatan algunos casos dejando claro que la unificación doctrinal por parte del Tribunal Supremo Español de si existe o no contrato de trabajo en un supuesto determinado depende, en gran parte, de la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, se menciona el caso del administrador de finca urbana (STS de fecha 14 de febrero de 2000), del corresponsal de Radiotelevisión Española (STS de fecha 10 de febrero de 2000), de las promotoras de afiliaciones (STS de fecha 17 de enero de 2000), del monitor de equitación al servicio de ayuntamiento (STS de fecha 3 de octubre de 2000) y del cónyuge de socio titular de la mitad del capital social (STS de fecha 5 de octubre de 2000).

Destacamos el segundo y el cuarto caso. En aquél se comparan dos supuestos de corresponsalía, si bien en uno la actividad era ocasional, sin desplazamiento al lugar de trabajo ni utilización de teléfonos. Por su parte, la demandante, además de realizar la labor diariamente e ir al local de la Radio Nacional de España (la Radiotelevisión de España –TVE– no tenía local propio), siempre se identificaba, sin objeción alguna del contratante, como corresponsal de TVE.

---

(64) LUJAN ALCARÁZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., p. 41.

(65) SEMPERE NAVARRO / CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, cit., pp. 47-51.

En el cuarto caso el monitor eligió el horario, pero le pagaba el ayuntamiento y no los alumnos. Asimismo el ayuntamiento suministraba los locales y medios, e indicaba las personas a las cuales debía dar las clases. En el caso que se comparaba el monitor decidía cuándo dirigir las escuelas de equitación. No se acreditó existencia de orden o instrucción alguna por parte del club contratante ni tampoco supervisión. Consecuentemente, este caso no fue calificado como laboral.

Los autores también mencionan como un caso laboral(66) el de la limpiadora en comunidad de propietarios, a pesar que en algunas ocasiones ella pueda ser sustituida por un familiar y fuera remunerada con el disfrute de vivienda (STS de fecha 25 de enero de 2000). El criterio de la sala en este caso se resume en que:

- "la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar,
- la ajenidad es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, autorizada por el artículo 26º del Estatuto de los Trabajadores aunque no se haya respetado la proporción en el mismo establecida,
- dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo".

Otro caso mencionado es el del perito tasador de seguros(67), que será laboral si se dan las notas de ajenidad y dependencia (STS de fecha 10 de julio de 2000), es decir, si los servicios de prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Los criterios a considerar:

(66) Ibídem, pp. 54-57.

(67) Ibídem, pp. 59-61.

quién programa el trabajo, la permanencia, la habitualidad, la exclusividad, el respeto de directrices, comunicaciones o circulares, la posibilidad de aceptación o rechazo de encargos, el control de labores prestadas, el apoyo de terceros, etc.

3.4. Pero ¿y el trabajador autónomo?[68]

Normalmente, al trabajador autónomo se le ha definido de manera negativa, en contraposición al trabajador dependiente. Así, Montoya Melgar[69] señala que "es posible deducir un concepto legal de trabajo autónomo a partir del de trabajador dependiente [...] sería aquel que reúne la doble condición legal de trabajar por cuenta propia y dentro de un ámbito de organización que el mismo controla". De la misma opinión es Valdés Dal-Ré[70].

Martín Valverde afirma que "la principal clasificación de los tipos de prestaciones de trabajo es seguramente la que distingue entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. La distinción entre estas dos formas o modos de aplicación de la fuerza de trabajo resulta desde luego imprescindible para comprender el modo de producción y las relaciones de producción en las sociedades actuales. Es más, no parece exagerado afirmar que, junto a la del trabajo libre y el trabajo forzoso con la que está estrechamente relacionada, esta clasificación es también la que tiene mayor virtualidad para entender cómo se han organizado y regulado las formaciones sociales históricas. No puede extrañar por tanto que se recurra habitualmente a ella desde diferentes campos del conocimiento"[71].

---

(68) Para repasar las diferencias entre subordinados y autónomos se pueden revisar las revistas *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Nº 21, UTET, 1998, y *Lavoro e diritto*, Nºs 2 y 3, Societa Editrice il Mulino, Bologna, 1997.

(69) SEMPERE NAVARRO/CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, cit., p. 70.

(70) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "Presentación", en *Revista Documentación Laboral*, Nº 73, Madrid, 2005, Vol. I, pp. 3-6.

(71) MARTÍN VALVERDE, Antonio, "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, cit., p. 73.

Recientemente, el informe de la comisión de expertos que fue designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, para la elaboración del que ahora es el estatuto del trabajo autónomo, constató que "el ordenamiento vigente no ofrece un concepto unívoco y general ni del trabajo autónomo ni del trabajador autónomo; tan solo suministra definiciones parciales, vinculadas a determinados sectores productivos o parcelas concretas del ordenamiento jurídico"(72).

Normativamente, el Estatuto de los Trabajadores español se limita a excluir al trabajo por cuenta propia del ámbito de aplicación de la normativa laboral en su primera disposición final, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente. La norma laboral española básica no formula un concepto de trabajador autónomo.

La situación jurisprudencial en Europa también posee esta ambigüedad. Martín Valverde explica que "hasta fechas recientes, la litigiosidad sobre la frontera en el Derecho comunitario entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo se había presentado siempre o casi siempre desde la perspectiva de los trabajadores asalariados. Las pretensiones enjuiciadas por el TJCE tenían por objeto la consideración como trabajadores asalariados de quienes, con razón o sin ella, habían sido excluidos de tal calificación a efectos de unas u otras normas de la CE: libre circulación de trabajadores, seguridad social de trabajadores migrantes, condiciones mínimas 'comunitarias' de empleo y de trabajo, etc."(73). Esta situación cambió con la resolución del caso Ergasias (de fecha 5 de junio de 1997), en el cual se discutió la procedencia de la obligación legal griega de que los guías de turismo necesariamente debían ser trabajadores sometidos a la legislación laboral. El TJCE dijo que eso impedía la libre circulación de trabajadores, pues los guías también podían prestar servicios de manera independiente.

Sobre la base de esta sentencia Martín Valverde afirma que "para el derecho comunitario el rasgo característico del trabajador autónomo no

(72) VV.AA., *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador Autónomo*, Madrid, 2005, pp. 91-92. El Estatuto fue aprobado mediante Ley 20/2007.

(73) MARTÍN VALVERDE, "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", cit., p. 87.

es la realización del trabajo por cuenta propia, sino la independencia o no subordinación en el modo de prestar los servicios"(74).

Y continúa: "servicios son las actividades prestadas por los trabajadores asalariados en régimen de subordinación; y servicios son también las prestaciones de actividad realizadas en régimen de autonomía o independencia por trabajadores autónomos, en favor de quien las ha encargado. La libre prestación de servicios del Derecho comunitario se refiere únicamente a esta última modalidad de servicio o servicios prestados en régimen de autonomía. Titulares de esta libertad comunitaria son solo, por tanto, los trabajadores autónomos, en el sentido más amplio de la expresión que incluye a los profesionales liberales. La frontera con la libre circulación de trabajadores parece, por consiguiente, conceptualmente bien clara. Esta última afecta a los trabajadores asalariados, mientras que la libre prestación de servicios afecta a quienes no lo son"(75).

El mismo autor critica que si bien por un lado los conceptos de trabajador asalariado y no asalariado son similares a los utilizados por la doctrina, no ocurre lo mismo con los conceptos de trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, pues "como se ha visto (en el caso griego), existen trabajadores por cuenta ajena que pueden desempeñar su trabajo en régimen de autonomía". Ejemplos adicionales son el artículo 1° de la Directiva Europea 73/148 y el artículo 2°a de la Directiva 86/613. Por eso pide mayor cuidado, pues "desde el punto de vista dogmático, la clasificación que distingue entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena no es exactamente coincidente con la que distingue entre trabajo asalariado y trabajo autónomo; la primera atiende al criterio de la asignación o atribución del resultado del trabajo; la segunda atiende al criterio del modo de realización o ejecución del trabajo. En la práctica contractual, los campos de una y otra clasificación se superponen en gran medida; pero tampoco son enteramente coincidentes en los sistemas productivos contemporáneos, caracterizados precisamente por la proliferación de servicios de la más variada naturaleza, y que son prestados de las más variadas formas"(76).

(74) Ibídem, p. 89.

(75) Ibídem, p. 91.

(76) Ibídem, pp. 92-93.

En el Perú tampoco existe una norma que defina al trabajador autónomo o que regule su actividad(77). Ni siquiera existe una terminología similar, dado que se utilizan indistintamente los conceptos de trabajador autónomo y de trabajador independiente. Por ejemplo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala en su artículo 89° que "[n]o está comprendido en el trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar".

La Ley del Porteador(78) curiosamente califica como tal al trabajador independiente que presta servicios personales de transporte de carga, bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico. En realidad, es un contrato de trabajo especial de un "independiente".

El Sistema Nacional de Pensiones califica a las personas que realizan actividad económica independiente como asegurados facultativos, es decir, voluntarios.

La regulación del sistema privado de pensiones no diferencia entre trabajadores dependientes e independientes, permitiendo la afiliación de cualquiera de ellos al sistema. En el caso de los independientes, el pago del aporte es de su exclusivo cargo, a diferencia de los aportes del personal dependiente, que deben ser retenidos por el empleador.

En lo que se refiere al régimen contributivo de la seguridad social en salud, mediante Ley N° 27177 se incorporó como afiliados regulares –entiéndase obligatorios– (grupo en el cual solamente se encontraban los trabajadores dependientes y los pensionistas) a los pescadores artesanales independientes del mar y de los recursos hídricos continentales y a los procesadores pesqueros artesanales independientes. La modificación obliga a que sea una ley especial la que tenga que autorizar la incorporación de cualquier otro trabajador *independiente* a la seguridad social. Caso contrario, la afiliación de este trabajador calificará como facultativa.

Finalmente, el seguro complementario de trabajo de riesgo no contempla a este colectivo como asegurado obligatorio, dado que fija su atención solamente en los "trabajadores", sean empleados u obreros.

---

(77) Todas las normas peruanas que regulan los beneficios laborales más conocidos señalan expresamente que resultan de aplicación a "los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada".

(78) Ley N° 27607 del 24 de diciembre de 2001.

Desde una perspectiva laboral, si el trabajador autónomo tiene personal a su cargo normalmente es calificado como empresario, quedando sujeto a la normativa general y alejado de la posibilidad de alegar alguna protección como trabajador. Pero desde la vertiente de la protección social, ese mismo trabajador autónomo, puede asumir la doble condición de "empresario", a la hora de cumplir determinadas obligaciones de seguridad social (afiliación, alta o cotización, por citar ejemplos ilustrativos) respecto a los trabajadores a su servicio, y de "trabajador autónomo", incluido en el ámbito de aplicación de la normativa de seguridad social(79).

Y es que no solamente la definición de este colectivo no existía (dependía de la del trabajador subordinado), sino que además la heterogeneidad de sus miembros impedía la posibilidad de alguna regulación en común(80).

Y las consecuencias de elegir uno u otro camino son evidentes. Tal como señala Rodríguez-Piñero: "Finalmente, solo nos gustaría señalar que en este, como en otros casos, se ponen de manifiesto las limitaciones del rígido carácter bipolar que caracteriza nuestro ordenamiento, en el que una relación es laboral o no lo es, determinándose en consecuencia una aplicación en bloque del Derecho laboral, o una exclusión igualmente en bloque de este mismo ordenamiento. Creemos que algunas de las relaciones abordadas (medios de comunicación) en este estudio demuestran como seguramente sería deseable romper con esta dicotomía para permitir –como ya sucede con algunas relaciones laborales especiales– colocarlas en una situación intermedia –y quizás la institución del trabajo parasubordinado podría ser una buena vía para ello– que otorgue una protección justa –ni inexistente, ni excesiva– a estos peculiares colectivos. Y ello porque la progresiva complejidad del sistema social quizás obligue a romper el carácter monolítico del ámbito laboral, diferenciando funcionalmente realidades socialmente diversas"(81).

---

(79) En la página 9 del informe antes indicado se resumen las normas que regulan los determinados grupos de autónomos. También puede verse la obra de APILLUELO MARTÍN, Margarita, *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

(80) VALDÉS DAL-RÉ, "Presentación", cit., p. 33.

(81) RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", cit., p. 272.

4. LA IMPORTANCIA DE DEFINIR AL TRABAJADOR REALMENTE AUTÓNOMO

4.1. La importancia del autónomo y su regulación

Siguiendo a Cruz Villalón[82], la importancia del trabajador autónomo se debe a su número (en España, el número de autónomos afiliados a la seguridad social al 30 de junio de 2006 fue de 3'315,707, de los cuales 1'755,703 no tenían trabajadores a su cargo), a su presencia y difusión en la realidad económica y a las actividades en las cuales se da (no es solamente el profesional liberal sino que la tercerización lo absorbe cada vez más). Ello seguramente explica el énfasis en su estudio y desarrollo, como una forma de política de empleo.

Empero, en este punto el profesor español menciona dos errores comunes[83]: (i) plantearlo como solución alternativa para quienes no logran incorporarse al mercado de trabajo como asalariados y (ii) dirigirlas hacia la población más joven, normalmente a quienes recién se incorporan, pues este tipo de trabajo supone dos habilidades: las propias de la profesión a ejercer y tener carácter gerencial.

Al respecto, sin entrar al tema de los falsos autónomos y por política legislativa, Cruz pensaba en 2005 que no debería integrarse dentro de la ley laboral de los trabajadores subordinados a aquellos que prestaran su labor de manera autónoma, a pesar que su situación sea de debilidad contractual[84] sino que debían contar con un marco normativo propio, sin caer en supuestos abstractos o falsos, es decir, tener un estatuto, aspecto que posteriormente se logró a mediados del año 2007 con la Ley 20/2007. Esta posición ya la tenía el profesor Cruz en 1999, cuando afirmaba que: "una cosa es la presencia de una situación sociológica de desequilibrio contractual [...] y otra bien diversa que sean supuestos a integrar plenamente dentro del ámbito subjetivo de aplicación del derecho del trabajo". Si bien "puede resultar inadecuado calificar (estos

(82) CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos: presentación", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005, pp. 11-22.

(83) Ibídem, p. 15.

(84) Ibídem, p. 16.

supuestos) de trabajo subordinado como de autónomo [...] se trata de articular un sistema de protección del trabajador desde el punto de vista autónomo que es dependiente desde el punto de vista económico, permitiéndole utilizar medios de defensa semejantes a los del trabajador subordinado"(85).

Por tanto, en su opinión no es cuestión de buscar un nuevo criterio delimitador del derecho del trabajo sino de "destacar la necesidad de establecer una regulación diversificada que de forma gradual pueda atender a las peculiaridades de las plurales fórmulas que se encuentran a medio camino entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente"(86).

Pero debemos tener cuidado, dado que con reglas de diferente alcance podemos incentivar conductas inadecuadas. La idea de los derechos laborales progresivos, mencionada en el último año por la ministra de Trabajo, supone en nuestra opinión la aceptación gubernamental del fracaso de la aplicación de las normas laborales vigentes en Perú. Y es que, como señaló el profesor Aparicio Valdez en su discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho(87), en Perú siempre se ha querido ser pionero en la emisión de normas laborales, resultando la mayoría de ellas intentos inútiles.

De repente, ante la "sobreabundancia de formas de empleo marginal o en condiciones atípicas, trabajadores semiautónomos y un largo etcétera de "archipiélagos" de subordinaciones resulta imprescindible así establecer un "espacio habitable" para este último (el trabajo autónomo), un suelo de derechos mínimos que proteja a los trabajadores autónomos cuya situación social y economica sea homologable a la de los trabajadores por cuenta ajena, extendiendo la aplicación de ciertas normas laborales compatibles con las peculiaridades del tipo de trabajo que desempeñan(88)".

---

(85) CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 185-196.

(86) Ibídem, p. 187.

(87) Expuesto el 28 de agosto de 2007.

(88) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El derecho del trabajo tras las últimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 49-51.

4.2. Pero ¿no estamos legalizando el fraude?

Como hemos indicado, el desarrollo del trabajo autónomo puede corresponder a una forma de desvalorización (simulación de relaciones subordinadas, normalmente gente poco calificada) o de valorización (reales trabajadores autónomos, muy cualificados). A veces la legislación o la jurisprudencia ayudan a avanzar hacia lo autónomo: por ejemplo, la sentencia emitida por el Tribunal Federal Alemán de Trabajo el 9 de mayo de 1996 en el caso Weight Watchers señaló que la empresa que deseaba transformar su red de establecimientos en una red de agencias franquiciadas tenía el derecho de despedir a su personal con ese fin y proponer a los trabajadores despedidos el estatuto de colaboradores libres (Bundesarbeitsgericht, 9 de mayo de 1996, *Der Betrieb* 1996, 2033)(89).

Ante el riesgo de esta apertura hacia lo autónomo y para evitar abusos "deben darse dos condiciones: en primer lugar, hay que mantener firmemente el principio de la recalificación del falso trabajo autónomo como trabajo por cuenta ajena; en segundo lugar, hay que dotar al trabajo autónomo de un verdadero estatuto profesional que garantice en particular su protección social"(90).

Y es que "ninguna de estas dos estrategias resulta verdaderamente satisfactoria. Las dos acarrean una fuerte dualización de la sociedad. Especialmente, la primera (Derecho del trabajo y organizaciones sindicales deben *resistir*, defender a cualquier precio la relación de trabajo, el concepto clásico) puede tener efectos perversos: de hecho, podría convertir el Derecho social nada más que en una protección elitista y corporativa de los *'happy few'* que disponen de un estatuto de trabajador (la segunda supone diseñar dos tipos de regímenes, el clásico y un mínimo de protección social al estatuto no laboral).

Cabe también una tercera estrategia, la de la adaptación activa que podría permitir evitar esos riesgos y que consistiría en *reinstitucionalizar* la relación laboral. En este contexto, reinstitucionalizar significa establecer *reglas*, determinar *espacios* para la *negociación* de esas reglas y permitir que los *actores colectivos* intervengan de manera eficaz. El análisis comparado que hemos realizado demuestra que ya existen rasgos de esta reinstitucionalización en los Derechos nacionales. Al estatuto del trabajador,

(89) SUPIOT, "Prólogo", cit., p. 41.

(90) Ibídem, p. 42.

que vincula subordinación y seguridad, debe sucederle un nuevo estado profesional de las personas, fundado en un planteamiento global del trabajo y capaz de vincular los imperativos de libertad y seguridad"[91].

De lo expuesto podemos entender que la existencia de trabajadores autónomos o de la descentralización productiva no necesariamente tiene fines fraudulentos, sino que supone una solución (a veces correcta, a veces abusiva) frente a las nuevas formas de trabajo. Empero ello no impide que en la realidad, especialmente en aquellas en que la autoridad inspectiva es débil o el control judicial lento, se propicien conductas vedadas o sancionables.

Con esto podemos afirmar que tanto el trabajo autónomo como el trabajo subordinado se manifiestan en diferentes situaciones, no describen ni engloban un modelo único. Esto puede resultar obvio pero hay que destacarlo. Algunos criterios para diferenciar los conceptos tendrán que considerar si el trabajador autónomo cuenta con personal a su cargo o si depende económicamente de uno o más empresarios principales. Aunque utilizar números siempre puede resultar discutible y arbitrario[92].

Claro está, hay doctrina que, como el profesor Calvo[93], no considera malo el auge de los autónomos pues no descarta a aquel que quiere ser libre, con falta de control externo y posibilidades de crecimiento personal y económico. La duda nos surge cuando observamos a aquel prestador de servicio a quien le *imponen* el esquema de la autonomía. En un mercado con elevada oferta de prestadores de servicios, parece clara la desigualdad contractual que puede existir entre quien requiere un servicio y quien se ofrece a prestarlo. Al respecto, Montoya piensa que la dependencia económica no es sino la misma que sirvió para construir la dependencia jurídica en el inicio de la regulación del contrato de trabajo[94].

---

(91) Ibídem, p. 93.

(92) En el reciente Estatuto del trabajo autónomo español se define la dependencia económica si el prestador del servicio percibe, al menos, el 75% de sus ingresos de un solo cliente (artículo 11°).

(93) CALVO GALLEGO, Francisco, "Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005, p. 48.

(94) MONTOYA MELGAR, Antonio, "Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del trabajo", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 81, Granada, 2005, p. 36.

Cruz afirma que el *trade* (trabajador autónomo dependiente) no puede confundirse con el falso autónomo, pues en aquel caso no hay uso fraudulento de la contratación por cuenta propia. Los autónomos "tienen la condición de 'dependientes' en el sentido de que prestan su servicios de manera prevalente para un mismo cliente, del cual obtienen sus principales ingresos económicos, en términos tales que ese cliente de facto condiciona la forma y el modo de organización de la propia empresa del autónomo". Por eso es que "no puede atenderse esta realidad social y económica bajo las claves tradicionales del ejercicio de las profesiones liberales"(95).

Otro autor señala que "de igual modo, la tendencia a la reducción de plantillas es una de las consecuencias más evidentes de la externalización de procesos productivos, que ha derivado en la aparición de un denso entramado de pequeñas empresas subcontratistas, en las que el trabajo autónomo dependiente resulta una importante parte del nuevo empleo por causa de sus costes menores en relación con el trabajador por cuenta ajena, por lo que es de suma importancia la clarificación y regulación de los *trade* para evitar situaciones de *dumping* social en el mercado laboral.

Estos factores, entre otros, han sido causa importante en el fuerte incremento del autoempleo en España, que se sitúa como cuarto país de la Unión Europea, con casi tres millones de trabajadores, que representan un 16% de la fuerza laboral, cantidad para nada desdeñable"(96).

La realidad supera al Derecho. En el Informe Supiot se mencionaba que "las técnicas de negociación y los convenios colectivos se extienden más allá del trabajo asalariado, sirviendo para definir el estatuto colectivo de trabajadores judicialmente independientes, pero económicamente dependientes de un agente económico. Las legislaciones que conocen un estatuto de los parasubordinados (Italia) o de los cuasiasalariados (Alemania) aplican a este tipo de trabajadores el derecho de negociación colectiva. Este derecho convencional ha constituido, a su vez, una poderosa herramienta para el desarrollo del estatuto colectivo de estos trabajadores. Incluso fuera de tales estatutos particulares, se observa en algunos países

(95) CRUZ VILLALÓN, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", cit., p. 18.

(96) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Luis, *El Estatuto del trabajador autónomo y el trabajador autónomo dependiente*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2006, p. 5.

un recurso a la negociación colectiva para regular determinados aspectos del trabajo de los trabajadores jurídicamente autónomos.

Por ejemplo, en Francia se firmó en abril de 1996 un acuerdo colectivo entre la Federación de Compañías de Seguros y los sindicatos de agentes generales de seguros. Estos agentes ejercen una actividad comercial y de asesoramiento, y están vinculados a las compañías de seguro mediante contratos de mandato. Tienen sus propios asalariados, pero dependen económicamente de sus mandantes. El acuerdo define las condiciones de celebración, modificación y rescisión de los contratos de mandato, y contiene disposiciones relativas a la remuneración, formación y protección social de dichos agentes generales"(97).

5. CONCLUSIONES

Nuestra realidad laboral nos obliga a resolver muchos problemas, pero algunos resultan más importantes que otros. Debemos ser sinceros en fijar las prioridades y creemos que uno de los primeros temas a tratar supone incentivar la formalización de las relaciones laborales y hacer más atractivo (económica y jurídicamente) al contrato laboral frente al contrato civil. Debemos entender por qué se prefiere incumplir la norma laboral para corregir sus defectos. Con ello, podremos otorgar protección a los grupos que realmente la necesitan, es decir, aquellos que necesitan prestar un servicio de manera subordinada a cambio de un ingreso y, de paso, reducir el número de procesos judiciales.

En esta línea de solución (aunque bajo otro camino) se encuentra la propuesta de la ministra de Trabajo de los derechos laborales progresivos, es decir, de no otorgar todo el paquete laboral a los nuevos trabajadores, sino algunos de ellos, los esenciales (seguridad social, tiempo de trabajo, entre otros). Un intento fallido de este objetivo lo constituye el capítulo laboral de la ley de la micro y pequeña empresa(98), establecido de manera temporal hasta el año 2013. Empero, su incidencia ha sido mínima, lo cual ha llevado a revisar dicha política para intentar una mayor aplicación en la realidad.

(97) SUPIOT, "Prólogo", cit., p. 158.

(98) Ley N° 28015 del 3 de julio de 2003, modificada por Ley N° 28851.

Regular los beneficios sociales de los trabajadores realmente autónomos haría más difícil la aplicación del Derecho del trabajo, dado que estaría ocupando gran parte de su territorio. Recordemos que tenemos un escenario de formalidad muy lejano del que existe en Europa: la mayoría de nuestros locadores de servicios, los contratados por servicios no personales, o los "cuarta-quinta" en Perú son falsos autónomos, son trabajadores que por imposición legal o empresarial viven fuera del Derecho del trabajo, a pesar que les corresponde su ciudadanía laboral y que solamente pueden obtenerla recurriendo a la autoridad estatal. Y esto ocurre, paradójicamente, en muchas instituciones del Estado, principal responsable de esta mala práctica(99), sin que todos los inspectores de trabajo(100) puedan colaborar en la pronta resolución de estos casos. Inclusive, la reposición en el puesto de trabajo resulta ser un tema cuestionado por un sector de la doctrina dado que ello supone incumplir las normas específicas de contratación y las garantías de la carrera administrativa, a pesar que normalmente el trabajador no es quien creó dicho incumplimiento sino la entidad que luego alega esta situación para no reponer a quien contrató previamente de manera irregular.

En este escenario, pensamos que corresponde reformular y fortalecer los conceptos clásicos del Derecho del trabajo, tanto público como privado, y avanzar hacia relaciones de trabajo honestas. Consideramos que una vez formalizadas las relaciones de trabajo existentes (o la mayoría de ellas) podremos revisar si la legislación actual (principalmente la establecida por el Estado y esencialmente referida a beneficios económicos) resulta adecuada. Lamentablemente, ha sido esta discusión la que ha centralizado el debate sobre el proyecto de ley general de trabajo: régimen de estabilidad laboral, CTS o seguro de desempleo, monto de las utilidades legales, gratificaciones, etc. sin que el principal problema haya sido enfrentado. Caso contrario, reformulemos el Derecho del trabajo nacional para hacerlo comprensivo de la mayoría de (por no decir todas) las formas de trabajo existentes en nuestro país, sin necesidad de adoptar conceptos que no surgen mayoritariamente de nuestra realidad económica.

(99) Quisiéramos conocer cuántos procesos laborales contra el Estado existen en trámite en el Poder Judicial que alegan aplicación de primacía de la realidad. Y los costos sociales de dichos procesos.

(100) Si bien en Lima todos los inspectores son trabajadores formales, en provincias muchos inspectores de trabajo están contratados por "servicios no personales" o emiten recibos por honorarios profesionales.

Ojala que el flamante pacto social y el consejo nacional del trabajo logren priorizar la solución del problema de la informalidad laboral y que los actores sociales asuman un rol adecuado para lograr el bienestar general.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, Manuel, "La ajenidad en el mercado: un criterio definidor del contrato de trabajo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 28, Madrid, 1986.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Luis, *El Estatuto del trabajador autónomo y el trabajador autónomo dependiente*, estudio coordinado y dirigido por la Fundación Sindical de Estudios, España, 2006.

APILLUELO MARTÍN, Margarita, *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente,* Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

ARCE ORTIZ, Elmer, *Informalidad, Derecho y Derecho social*, en VV.AA., *Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004.

BOZA PRO, Guillermo, *Informalidad y relaciones laborales*, en AA.VV., *Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004.

CALVO GALLEGO, Francisco, "Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, *El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos*, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005.

ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, "Crítica de la subordinación", en *Ius et Veritas*, Nº 25, Lima, 2002.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El Derecho del trabajo tras las últimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

GALBRAITH, John Kenneth, *Anales de un liberal impenitente*, Gedisa, España, 1982.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Los transportistas de mercancía", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999.

GOLDIN, Adrián, "Las tendencias de transformación del derecho del trabajo (hipótesis sobre un destino complejo)", en *Revista Derecho del Trabajo*, Nº 29, Buenos Aires, 2003.

LUJÁN ALCARÁZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en VV.AA., *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

MONTOYA MELGAR, Antonio, "Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del trabajo", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 81, Granada, 2005.

MORENO MARCOS, Marta, "El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el Derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenos", en *Revista de Derecho Social*, Nº 36, Albacete, 2006.

NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "La relación de trabajo - informe V(1)", en 95ª Conferencia internacional del trabajo, OIT, 2006.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, realizada en junio de 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en Jesús Cruz Villalón (coord.), VV.AA., *Trabajo subordinado y*

trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999.

ROMAGNOLI, Umberto, "Renacimiento de una palabra", en *Observatorio laboral de la fundación sindical de estudios*, Nº 40, Madrid, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA, Lima, 1997.

SASSEN, Saskia, *La movilidad del trabajo y del capital*, MTSS, Madrid, 1993.

SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, Aranzadi, Navarra, 1997.

SEMPERE NAVARRO, Antonio y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Jurisprudencia social unificada 2000*, Aranzadi, Navarra, 2001.

SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Tirant lo blanch, España, 1999.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "Presentación", en *Documentación Laboral*, Nº 73, Madrid, 2005, Vol. I.

VV.AA., *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo, Informe de la Comisión de Expertos designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador Autónomo*, Madrid, 2005.

DERECHO DEL TRABAJO Y SECTOR INFORMAL

Víctor FERRO DELGADO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación del sector informal. 3. Aspectos estructurales que inciden en la informalidad. 4. El régimen laboral de la microempresa. 5. Aproximación crítica al régimen de la microempresa. 6. El rol de la negociación colectiva en la fijación de derechos laborales económicos. 7. El tratamiento en el ordenamiento vigente.

1. INTRODUCCIÓN

Son múltiples los factores que inciden en la informalidad y diversas las políticas a ser evaluadas para reducirla. La aproximación a este fenómeno puede centrarse en sus aspectos económicos, destacando el impacto que la producción de bienes y servicios producidos de manera sumergida representa en la generación del producto bruto interno (PBI), el número de trabajadores que ocupan, los sectores en los que se desenvuelven, las razones de su escasa productividad o su vinculación con la segmentación del mercado de trabajo. Desde perspectivas sociológicas, la informalidad puede ser abordada como una respuesta de amplios sectores de la sociedad ante la exclusión y la falta de empleo de calidad, o como el resultado de la percepción que los sectores marginales tienen del Estado al cual no le

reconocen legitimidad para exigir el pago de tributos de cuyos beneficios no participan. Una mirada desde el Derecho puede intentar relacionar informalidad y ordenamiento legal.

Vincular la informalidad con el Derecho del trabajo implica abordar esta problemática desde la actividad laboral de los individuos. Así, a efectos de esta investigacion, conceptuamos al trabajo informal como aquel de naturaleza personal, efectuado por cuenta ajena, con fin lícito, pero desarrollado al margen del ordenamiento legal vigente y ciertamente obviando su registro ante las autoridades competentes. Sin embargo, este abordaje no pretende poner los acentos en el legalismo como un fin en sí mismo, sino más bien en el hecho que en la informalidad actúan individuos para los cuales el Derecho del trabajo construyó un andamiaje protector que no resulta gratuito u ocasional sino que busca asegurar que el trabajo por cuenta ajena resulte compatible con la cautela de los derechos que corresponden al trabajador, o dicho en otros términos, que el trabajo no sea una mercancía sino un factor de realización del individuo mediante condiciones justas y dignas.

La informalidad suele ser vinculada con el subdesarrollo del país y con la economía de subsistencia de quienes improvisan un trabajo como medio que les permita ganarse la vida en condiciones de marcada precariedad. Aquí se ubican vastos sectores de la población que actúan en forma independiente ocupados en la comercialización de productos en la vía pública, en la prestación de servicios menores de índole manual o en el desempeño de oficios que exigen un cierto nivel de habilidad. La organización de estas ocupaciones usualmente no desarrolla relaciones de dependencia, limitándose básicamente al núcleo individual o familiar.

Un segundo nivel de informalidad corresponde al que desarrolla relaciones de trabajo por cuenta ajena, esto es, pequeñas unidades económicas conducidas por su propietario en su propio domicilio o en lugar de trabajo básico o elemental, que producen bienes y servicios conforme a un cierto nivel de organización y que emplea a un pequeño número de trabajadores. Ése es el ámbito de la micro y la pequeña empresa, el cual constituye la fuente de trabajo de la mayor parte de la población económicamente activa ocupada de nuestro país.

La informalidad de la micro y la pequeña empresa puede explicarse básandose en las falencias estructurales de nuestro ordenamiento social y económico. Una economía de baja productividad, o la frecuente alternancia entre ciclos de expansión y contracción económica, no genera la

demanda de puestos de trabajo que la oferta requiere. A ello se agrega una educación deficitaria en calidad y cantidad que contribuye no solo al abandono prematuro de la escuela sino que genera futuros demandantes de trabajo de escasa empleabilidad, quienes responden a la falta de oportunidades generando sus propios centros de trabajo. En estos, en una esforzada lucha por la supervivencia, se mezclan el tesón y el ingenio con la deficiente capacitación y la baja productividad. Así, estas precarias unidades económicas difícilmente lograrían subsistir si deben asumir los costos de la formalidad, en los que exigencias fiscales, administrativas y municipales, aunadas a los costos laborales, se erigen como vallas infranqueables. Si a ello se agregan las dificultades de financiamiento, la falta de infraestructura que encarece el traslado de productos hacia los mercados y la falta de apoyo técnico, entre otros factores, no es extraño que a estas unidades adecuarse a la formalidad les resulte utópico.

En ese estado de cosas, la legislación laboral tampoco ha contribuido mucho a facilitar el tránsito a la formalidad. Así, la naturaleza y el costo que representan los beneficios laborales no solo no han contribuido a aminorar el cada vez más amplio problema de la informalidad, sino que por el contrario han contribuido a acentuarlo. Un sueldo mínimo que no reconoce diferencias entre realidades empresariales muy diversas junto con costosos derechos laborales de naturaleza nítidamente económica, han significado un claro desaliento en la formalización en la micro y pequeña empresa, sin que ello signifique, por cierto, que pueda válidamente atribuirse a las normas laborales las principales culpas en la informalidad. Creemos, pues, que son los factores indicados inicialmente los que conllevan una incidencia significativamente mayor, pero no por ello podemos soslayar el rol que cumple la legislación laboral en esta materia.

Continuando con la línea de anteriores trabajos[1], corresponde, pues, al objeto de este efectuar una reflexión sobre la vinculación entre derechos laborales económicos e informalidad, y al mismo tiempo intentar esbozar algún esquema que nos permita revaluar el derrotero que hemos seguido hasta el presente para enfrentar esta problemática, destacando que

[1] FERRO DELGADO, Víctor, "Tutela o flexibilización: en busca de una adaptación concertada", en VV.AA., *Encuentro Iberoamericano de Derecho del trabajo*, Puebla, 2002, pp. 119-145; FERRO DELGADO, Víctor, "Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos", en VV.AA., *Homenaje a Jorge Avendaño*, PUCP, Lima, 2004, T. II, pp. 1141-1166.

no puede soslayarse que en la prestación de servicios del trabajador informal se constata el común denominador de negación de los principios y valores que la Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha pasado a denominar trabajo decente. De ahí las implicancias éticas de esta problemática y la necesidad de enfrentarla transversalmente mediante políticas que plasmen el objetivo nacional de reducirla significativamente mediante compromisos colectivos, integrales y de largo aliento.

2. DELIMITACIÓN DEL SECTOR INFORMAL

Para apreciar la magnitud del fenómeno en el Perú, basándose en la estadística oficial, debe tenerse presente que su población total asciende a 27,546,574, mientras que la Población en Edad de Trabajar (PET) –14 años o más– suma 19,420,435, de la cual corresponde a la Población Económicamente Activa (PEA) 13,807,858 e inactivos 5,612,477. La PEA a su vez se subdivide en 13,655.972 ocupados y 151,886 desempleados[2].

Así, corresponde a un lugar común señalar que la legislación laboral solo se aplica a una ínfima proporción de la PEA. Sin embargo, alguna precisión requiere esta afirmación. En primer lugar, debe tenerse presente que en la PEA ocupada coexisten amplios sectores que válidamente actúan al margen de una relación de dependencia, como corresponde a quienes se desempeñan como trabajadores independientes, o que realizan trabajo familiar no remunerado, trabajo del hogar o actúan como empleadores. Estas categorías no podrían contabilizarse como informales toda vez que al no prestar servicios por cuenta ajena es válido que no se les aplique la legislación laboral.

En consecuencia, podríamos limitar el concepto de trabajador informal a aquellos que prestan servicios personales lícitos en el marco de una relación de dependencia desenvolviéndose al margen de las normas propias del derecho del trabajo y de la seguridad social y con omisión de su registro ante las autoridades competentes. Acogemos para este efecto la noción más difundida en el sentido que este último factor, el registro ante la seguridad social, es el que distingue más claramente a la informalidad

[2] PROGRAMA DE ESTADÍSTICAS Y ESTUDIOS LABORALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Mercado de Trabajo - Perú Distribución de la población según condición de actividad. Encuesta Nacional de Hogares, IV Trimestre 2004*, MTPE, Lima, 2004.

laboral de una situación de mera infracción al ordenamiento propio del derecho del trabajo o previsional. En efecto, una relación de trabajo que se desarrolla en el ámbito de la formalidad puede incurrir en incumplimientos de mayor o menor grado a la regulación laboral o de seguridad social vigente, sin que por ello se le pueda tachar de informal. Ciertamente, habrá relaciones de dependencia en las que la formalidad es casi una mera apariencia. El trabajador puede figurar registrado en las planillas de remuneraciones de la empresa y cumplirse con las cotizaciones a la seguridad social, pero sobre la base de una menor remuneración a la que realmente percibe. A pesar de esta ambivalencia, su situación difiere de la de aquel que opera en la informalidad plena, en la que lo que prima es el ocultamiento de la relación laboral evitando evidenciarla ante las autoridades competentes mediante el registro correspondiente.

Tampoco debe perderse de vista el caso de los que podríamos denominar trabajadores golondrinos entre la formalidad e informalidad, como sucede con ciertos trabajadores de construcción civil, o quienes laboran en el sector pesquero, o en labores portuarias de estiba y desestiba, entre otros muchos supuestos. Estos trabajadores se rigen ocasionalmente por la legislación laboral y de seguridad social dependiendo del empleador que los contrate o de la situación de crisis o expansión en que se encuentre el sector económico en que se desenvuelven.

Sin perjuicio de estas atingencias, la estadística consigna que la PEA ocupada informal en la micro y la pequeña empresa (mype) suma 6.2 millones de personas, mientras que la PEA ocupada formal en la mype no es más que 1 millón de individuos. Lo relevante de estas cifras se ve corroborado si se tiene en cuenta que a noviembre de 2004 se estimó el número de empresas a nivel nacional en 659,046 de las cuales el 94.1% se ubicaba en la microempresa; 3.94% en la pequeña empresa; y, 1.65% en la mediana y gran empresa. Ahora bien, no obstante su importancia cuantitativa, la mype solo contribuye al PBI con el 42.1%, lo que no refleja el hecho que ocupa prácticamente a la totalidad de empresas del país y a la inmensa mayoría de trabajadores[3].

Sin embargo, estas cifras no resultan extrañas en el tercer mundo. Como destaca Hernando de Soto "fuera de occidente lo marginal es la legalidad, mientras que la extra legalidad se ha vuelto la norma".

---

[3] MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *La situación de la micro y la pequeña empresa en el Perú*, Prompyme - MTPE, Lima, 2005, pp. 3, 5 y 10.

3. ASPECTOS ESTRUCTURALES QUE INCIDEN EN LA INFORMALIDAD

No corresponde al propósito de este trabajo efectuar un diagnóstico económico o sociológico de la informalidad, pero sí dejar anotadas algunas ideas que contribuyan a la reflexión sobre lo que estimamos constituyen algunos factores que favorecen la informalidad en nuestro medio.

Si como surge de la estadística acotada la actividad económica y el empleo se concentran en la microempresa, cabe preguntarse las razones que determinan que quienes conducen estos centros de trabajo opten por operar en la informalidad. Una primera constatación está referida a su escasa productividad. Se trata de pequeñas unidades cuya actividad resulta escasamente rentable, en muchos casos a nivel de mera subsistencia, que no permite márgenes destinados a la capitalización, la tecnificación o la capacitación del personal. Eso explica que ocho de cada diez mype salgan del mercado en sus primeros cinco años de actividad(4). En ese contexto, asumir los costos de la formalidad, en particular, los de naturaleza tributaria, administrativa y laboral, parece un planteamiento alejado de la realidad.

A ese factor se agrega otro que surge de una mera constatación empírica, fruto de conversaciones con propietarios de microempresas: no encuentran mayores ventajas en la formalidad, sino solo costos. Como señala Hernando de Soto, "se ha comprobado que la gente que enfrenta a la legalidad o se sirve de ella no entra en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúa a grosso modo, generalmente a través de los mecanismos de los precios, lo que puede costarle cumplir con las obligaciones legales, y lo que puede obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento"(5). A su vez, en la economía en la que se desarrollan no requieren ser formales porque sus proveedores y compradores actúan de la misma forma. Sus requerimientos de crédito no son muy frecuentes y en muchos casos logran en algo ser atendidos mediante canales de apoyo recíproco, tales como cooperativas integradas por otros propietarios de microempresas, pero incluso mediante programas de apoyo de diverso origen con participación estatal y cooperación internacional. Estos mecanismos de intercambio y

(4) *El Consultorio empresarial de la micro y la pequeña empresa*, Boletín quincenal de fecha 16 al 31 de mayo de 2007, Lima, p. 3.

(5) DE SOTO, Hernando, *El Otro Sendero*, Editorial Barranco, Lima, 1986, p. 173.

apoyo no necesariamente les exigen ser formales para acceder a sus beneficios. Sin embargo, algunas de estas microempresas ostentan algún nivel de formalidad, por lo menos parcialmente, pudiendo incluso generar comprobantes de pago si estos son exigidos por el comprador, lo que si bien generará un incremento del precio previamente pactado, evidencia que si el microempresario informal percibe un beneficio –en este caso materializar una venta– puede ser inducido a actuar dentro de la formalidad.

A ello debe sumarse una profunda desconfianza hacia la labor del Estado. Los tributos son vistos como una carga que no les representa contraprestación alguna. Servicios elementales como saneamiento, seguridad, salud, o educación son percibidos como obligaciones básicas que el Estado no atiende. Si a ello se agrega una percepción de corrupción generalizada, incluyendo al Estado, no resulta difícil entender que la renuencia al cumplimiento de obligaciones fiscales tiene también un componente que cuestiona la autoridad moral del Estado para cobrar tributos.

Esa falta de cumplimiento de obligaciones básicas que corresponden al Estado se traslada también hacia una sensación de falta de apoyo a sus actividades empresariales, en materias tales como capacitación, identificación de oportunidades de negocios o transmisión de conocimientos del mercado. Justo es reconocer, sin embargo, la titánica labor que en esta materia viene realizando el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo desde hace ya algunos años, mediante un conjunto de programas de apoyo a la microempresa(6).

La labor de fiscalización del Estado en materia de formalización ha sido deficiente. Es claro que si a las consideraciones que se han detallado se agrega una suerte de impunidad ante el incumplimiento, tendremos un estímulo adicional para la informalidad.

Empero, en este campo, existe una dificultad adicional de orden legal que no debe soslayarse. La formalización podría acarrear al microempresario la posibilidad de tener que afrontar demandas por parte de sus trabajadores por todo el periodo en que no les reconoció sus derechos laborales.

(6) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha implementado importantes esfuerzos destinados a promover el desarrollo de la MYPE, a través del programa Perú Emprendedor que cuenta con un conjunto de componentes: Bonopyme; Bonoemprende; Bonogremio; Supérate; Prestamype; Bonopropoli; y, Mujeres Emprendedoras. Al mismo tiempo, ha descentralizado el programa de manera que viene abarcando una importante cantidad de regiones del país.

Así, si desde la perspectiva de los microempresarios no se perciben mayores ventajas en la formalización, la situación debería ser diferente desde el punto de vista de quienes trabajan bajo relaciones de dependencia en la microempresa. Ciertamente, la formalidad les representaría acceso a un conjunto de beneficios laborales. Empero, en las oportunidades en que, por lo menos, son consultados respecto a su registro en la seguridad social, resultan sometidos por el empleador a una opción que no les deja mucha alternativa: si desean seguro social la remuneración será menor. Como quiera que esta de por sí ya es baja, el trabajador de la microempresa no tiene mucho que elegir. Podrá suplir sus necesidades de cobertura de salud con los servicios de postas médicas y hospitales pertenecientes a la salud pública, respecto de los cuales no percibe mayor diferencia de calidad con la seguridad social, habida cuenta de las graves deficiencias con que operan unos y otros. Así, en este caso, asegurando una mayor percepción presente y una alternativa semejante y gratuita en la salud pública, tampoco percibe mayor beneficio en estar afiliado a los servicios de salud de la seguridad social. En su análisis interno ha obtenido el resultado deseado, tiene un empleo, no bien remunerado, pero que le permite la subsistencia. Ciertamente, no figurar registrado ante la seguridad social y, por ende, no aparecer registrado en planillas, limita, y prácticamente, neutraliza su posibilidad de reclamar los demás derechos laborales, incluyendo su posibilidad de acceder en su oportunidad a una pensión de jubilación.

Sin embargo, no son particularmente numerosas las reclamaciones de los trabajadores informales, si se considera el porcentaje de la PEA Ocupada que representan. Cabe preguntarse qué condicionamientos determinan esta situación. Una primera aproximación al tema está referida al temor a perder el empleo si interponen una reclamación. Puestos en la disyuntiva de tener que elegir entre un empleo que le permite un ingreso o aventurarse a una reclamación para que se le reconozcan mayores beneficios, la opción les resulta obvia, así escuchen señalamientos que les indique que de ser despedidos por reclamar estarán protegidos por la ley que tipifica al despido como nulo y les corresponderá la reposición(7).

(7) La ley sanciona como nulo el despido cuyo motivo sea haber presentado una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. A su vez, el artículo 40° de dicha norma establece que si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, ordenándose el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes (artículos 29°, inciso; 34° y 40° del Texto Único

Si esta hipótesis es correcta cabe entonces preguntarse por qué no demandan el reintegro de los derechos no reconocidos una vez que cambian de empleo. Al margen de la desconfianza que les genera el Poder Judicial y lo costoso del proceso, es probable que lo que determine su inacción sea la ausencia de medios probatorios de su relación laboral. Están privados de ellos, precisamente, porque su trabajo informal careció de registros resultando inviable que puedan acreditar su relación laboral.

Pero existirían también explicaciones de otra índole que pueden dar luces sobre el bajo volumen de demandas judiciales. En razón de lo reducido de la unidad económica, el trabajador informal suele tener algún tipo de vínculo personal con el dueño de la microempresa, sea de orden familiar o de mera cercanía, lo que le genera sentimientos de consideración. A su vez, es testigo de excepción de las penurias de su empleador, conoce de su rentabilidad de subsistencia y lo ha visto pasar por innumerables dificultades en su afán por mantener el centro de trabajo. De ahí que también se constate un cierto rasgo particular de solidaridad hacia la persona del empleador y la percepción de que si reclamase los derechos que prevé la legislación laboral, probablemente provocaría el colapso económico de quien le dio empleo.

De estas meras comprobaciones fácticas y de sentido común surge que la formalización no puede ser asumida como un esfuerzo particular de un ministerio o de un sector de la actividad económica. Exige un diagnóstico certero de sus causas y un conjunto de políticas que comprometa transversalmente el accionar del Estado, bajo la premisa que el microempresario informal debe percibir ventajas concretas de su formalización. Un esfuerzo a ser potenciado y llevado a dimensiones de mucha mayor magnitud está en la línea de los programas implementados por el Ministerio de Trabajo, priorizando el apoyo destinado a incrementar la productividad de la microempresa. Ello requiere de importantes contingentes de técnicos que orienten, asesoren o brinden capacitación a la mype, pero también de líneas de crédito ostensiblemente superiores con las que hoy se cuenta.

Exige también revisar la legislación tributaria, incluidas las cargas previsionales y municipales, reduciendo sus costos y simplificándolas al máximo.

Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR).

La simplificación de la gestión administrativa debe también ser encarada. En materia laboral podría pensarse en bancarizar –operar exclusivamente a través del sistema financiero– el pago de las planillas de remuneraciones, de manera que al registrar su planilla ante el Ministerio de Trabajo, el empleador deba indicar también el banco a través del cual efectuará los pagos a su personal. Mensualmente el empleador indicaría al respectivo banco las remuneraciones que con cargo a sus fondos debe pagar directamente a sus trabajadores y este se encargaría del pago, luego de detraer el monto de las cargas sociales, las que entregaría directamente a las entidades correspondientes. Incluso podría evaluarse en conceder carácter cancelatorio solo a los pagos efectuados a través del sistema financiero. Ello podría contribuir a reducir los incumplimientos de pago de derechos laborales, la evasión de cargas sociales y facilitaría la prueba del pago.

Paralelamente, podrían acentuarse las exigencias de formalización condicionando el apoyo en capacitación, créditos o incentivos a que la microempresa que viene siendo beneficiada presente un plan realista de formalización en un determinado periodo de tiempo.

A ello habría que agregar una labor fiscalizadora de mayor intensidad por parte del Estado, vinculando, aún más, la formalidad tributaria con la laboral. Aquel microempresario que actúa con cierto nivel de formalidad tributaria, inscrito, por ejemplo, en el Régimen Único Simplificado (RUS) o en el Régimen Especial de Renta (RER) –cuyos ingresos netos pueden alcanzar hasta S/. 360,000 por ejercicio gravable–[8] deben, gradual y progresivamente, ser objeto de inspecciones de fiscalización del cumplimiento de derechos laborales, de manera que el microempresario perciba que su formalidad tributaria debe ir aparejada de su formalidad laboral.

Empero, ello exige enfrentar con decisión el tema de los potenciales reclamos que en razón de sus incumplimientos laborales del pasado quedaría expuesto el microempresario que opte por formalizarse. Resultaría así necesaria una suerte de amnistía laboral a favor de la Mype que se formalice, aunada a plazos de prescripción muy cortos aplicables a quienes mantienen relación laboral vigente, lo que incluso podría requerir de blindaje constitucional. Vencido el periodo de la amnistía, la fiscalización debería acentuarse, incluso facilitando medios probatorios para que trabajadores informales puedan demandar judicialmente sus derechos laborales.

(8) Vide Decretos Legislativos N°s 967 y 968.

Ése sería un mecanismo adicional que podría contribuir a evidenciar las desventajas de permanecer en la informalidad.

Desde la perspectiva de la labor del Estado, es claro que se requiere que este debe ganar la confianza de los ciudadanos haciendo sentir su presencia mediante la prestación de servicios eficientes que hoy se perciben desatendidos o atendidos deficientemente. En particular, el Estado debe transmitir en su desempeño la idea que los actos de corrupción son rápida y drásticamente sancionados, de manera de procurar instaurar una cultura de transparencia que debilite la noción generalizada en amplios sectores de la población que tienen asumido que no se justifica pagar impuestos.

En el marco de ese esfuerzo integral y de largo aliento, y no como una medida aislada, creemos que se justifica revaluar el alcance de algunos derechos laborales de naturaleza económica, en la medida que estimamos que constituyen una barrera para la formalización.

4. EL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICROEMPRESA

Los beneficios laborales no pueden desligarse de la realidad económica en la cual deben ser aplicados. Así, costos laborales propios de países desarrollados que gozan de significativos niveles de productividad e inversión y, por ende, con capacidad para asumirlos no pueden ser transplantados a las economías de países subdesarrollados porque resultarían insostenibles y, en razón de su onerosidad, pasarían a constituir un impedimento para que unidades productivas de escasa dimensión puedan acceder a la informalidad.

Basándose en la idea de promover la formalización y el empleo sostenible, se estableció en el Perú un régimen laboral especial para la microempresa, esto es aquella que tiene hasta 10 trabajadores y sus ventas anuales no superan 150 unidades impositivas tributarias (en la actualidad S/. 517,500 ó US$ 164,285 aproximadamente). El régimen fue inicialmente previsto para que rija por cinco años, y luego extendido a diez[9].

(9) Ley N° 28015, modificada por Ley N° 28851 publicada el 27 de julio de 2006, que extendió el plazo a diez años computado a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28015.

Conforme a este régimen, y de modo semejante al que ya viene operando para el sector agrario, se reconoce a los trabajadores de la microempresa un elenco limitado de derechos laborales, algunos de los cuales son iguales a los que se aplican en el régimen común y otros han sido objeto de reducción o eliminación. Entre los primeros se encuentra la remuneración mínima vital, la jornada de trabajo, el descanso semanal obligatorio y el seguro social de salud. Entre los derechos que se aplican de forma reducida tenemos el descanso vacacional que en lugar de 30 días ha sido disminuido a 15 días en el año y la indemnización por despido injustificado, que ha sido fijado en 15 remuneraciones diarias por año de servicios con un máximo de 180, en lugar de las 45 remuneraciones diarias y el tope de 360 que corresponde al régimen común. Entre los derechos eliminados se encuentra la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad. El régimen pensionario pasa a ser optativo por el trabajador.

5. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL RÉGIMEN DE LA MICROEMPRESA

Pasados cuatro años de la implementación de este régimen su éxito en la formalización de la microempresa ha sido limitado. Si bien se señala que ello obedece en parte a la escasa difusión del régimen, no puede perderse de vista que para que la informalidad pueda empezar a revertirse se requiere bastante más que la mera reducción de derechos laborales, conforme señaláramos en el acápite 2 precedente.

Sin embargo, limitándonos exclusivamente al ámbito de los derechos laborales, resulta dudosa la constitucionalidad de regímenes laborales que establezcan una disparidad en el alcance de beneficios laborales. En efecto, un régimen dual como el que introduce esta norma crea un régimen de trabajadores de segunda categoría, en clara oposición a los lineamientos de la OIT en esta materia. A su vez, afecta la aplicación del principio de igualdad ante la ley en sus dos matices, esto es, la igualdad ante la ley en cuanto implica recibir igual protección legal así como sometimiento por igual al orden jurídico; e igualdad en aplicación de la ley, conforme a lo cual ella se debe aplicar de modo general y sin excepciones, salvo las expresamente determinadas por estas. Por esto, resulta cuestionable que dos trabajadores que laboran para empresas distintas, una con diez y la otra con once trabajadores, reciban un tratamiento diferenciado por mandato de la propia ley.

A su vez, no pueden obviarse consideraciones vinculadas a la competencia desleal. Así, unidades económicas que desde su inicio se organicen en función de pequeñas unidades productivas, sin superar los niveles que delimitan a la pequeña y microempresa, se encontrarán, debido a sus menores costos laborales, en mejor posición para competir frente a empresas organizadas en forma concentrada.

A ello se agrega la tentación que para algunos podría significar implementar una subdivisión fraudulenta de sus actividades en pequeñas actividades.

6. EL ROL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FIJACIÓN DE DERECHOS LABORALES ECONÓMICOS

Ha sido tema de controversia determinar si la flexibilidad en materia laboral contribuye a generar empleo o si un marco protector acentuado constituye un factor que afecta la creación de nuevos puestos de trabajo[10].

No obstante, no se ha demostrado que medie vinculación directa entre el nivel de protección que confieren las normas laborales y la tasa de subempleo o desempleo absoluto. Previsiblemente, son variables económicas las que resultan determinantes en la generación o disminución del empleo. En efecto, un proceso de expansión económica incidirá de modo más gravitante en la creación de puestos de trabajo que cualquier proceso flexibilizador o desregulador de derechos laborales. No compartimos, pues, afirmaciones que culpan a la protección social de la falta de puestos de trabajo, sin que ello signifique que no encontremos un nivel de vinculación entre protección social e informalidad. Así, si como hemos señalado previamente, la microempresa se desarrolla en niveles de precariedad y mera subsistencia, será dificil que se encuentre en capacidad de afrontar costos laborales significativos.

En efecto, no puede obviarse que los derechos laborales representan costos. De ahí que Camerlinck y Lyon-Caen señalen "que toda reforma social, toda nueva ventaja concedida a los trabajadores puede reducirse a cifras: todas ellas elevan el precio de fabricación. Por eso se habla de carga

(10) Por todos vide JAVILLIER, Jean Claude, "Permanences et remises en question dans le droit du licencieme", en: *Droit Social,* París, N° 3, 1981, p. 302.

social: estas comprenden a parte de los salarios, todo lo que el empleo cuesta a la empresa"[11].

Sin embargo, cabe evaluar si corresponde a la legislación laboral establecer derechos laborales de corte típicamente económico, asumiendo como válido que cualquier empresa se encuentra en la misma capacidad de asumirlos. En nuestro medio, como en la mayoría de países latinoamericanos, la legislación laboral ha tendido a ser profusa regulando beneficios laborales. En un inicio, ello tenía sustento en el escaso desarrollo del movimiento sindical y en la necesidad impostergable de establecer derechos desde el Estado en una sociedad que comenzaba a plantearse la cuestión social como un imperativo ético[12] o como un medio que garantice la continuidad del sistema de producción[13]. De ahí que enraizados en nuestra tradición romano-germánica hemos conferido a los derechos laborales regulación semejante a la que correspondía al ordenamiento civil o mercantil, creando desde la ley cargas sociales o incrementando las ya existentes. A ello, más contemporáneamente, se agregan factores de coyuntura política o de inclinación legislativa por el proteccionismo redituable en votos o en índices de popularidad. A partir de ello, el enfoque tradicional en nuestro país ha consistido en establecer a través de la ley y de modo general mayores y mejores beneficios laborales, al margen de todo análisis respecto a su viabilidad económica para afrontar su costo y sin detenerse a evaluar el efecto que ello pueda tener en la problemática de la informalidad. Seguidamente, una vez que el derecho ha sido reconocido legalmente, cualquier propuesta que postule su atenuación o adaptación a situaciones concretas es tachada de regresiva y patronal.

El efecto que este estado de cosas ha tenido en materia de desarrollo de la autonomía colectiva ha sido nefasto. Las organizaciones sindicales han sido propensas a delegar en la voluntad del Estado la promulgación de normas protectoras antes que procurar su propio desarrollo y consolidar su capacidad de negociación. Así, surge una legislación, que

---

(11) CAMERLINCK, G. M. y LYON-CAEN, G., *Derecho del trabajo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974, p. 23.

(12) DEVEALI, Mario, *Tratado de Derecho del trabajo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1972, T. II, pp. 18-21.

(13) DE LA VILLA, Luis y SAGARDOY, Juan, *Derecho del trabajo en España*, en G. Bayón Chacón y E. Pérez Botija (Coords.), *Monografías Sociolaborales. Fines de Derecho del trabajo*, Madrid 1985, p. 5.

denominamos de talla única cuyo costo puede ser asumido por la mediana y gran empresa, pero que en una diversidad de supuestos resulta insostenible para la micro o pequeña empresa. Esta constatación fáctica, presuntamente, otorgaría sustento a quienes propugnan un régimen dual de derechos laborales, como el que actualmente rige en nuestro país. No obstante, no es esa la opción que preferentemente se constata en el Derecho comparado. Como señala José Luis Daza "a pesar de que en bastantes países está difundida la idea la opinión de que en las microempresas y empresas pequeñas la normativa laboral no es de aplicación, la realidad es que en muy pocas legislaciones quedan al margen de la regulación general los empleadores y trabajadores de las empresas de un determinado tamaño"(14).

Así, podría vislumbrarse una opción diferente a la de la legislación dual. Siguiendo a Otto Kahn-Freund, es indudable que la legislación laboral es significativamente menos permeable al cambio que la negociación colectiva y por ende su capacidad de adaptarse a distintas situaciones económicas es mucho menor(15). Así, la negociación colectiva permite la adaptación constante a circunstancias económicas distintas, mientras que la legislación apunta a regular de modo general situaciones diversas y además a permanecer en el tiempo, así el entorno haya sufrido variaciones de consideración.

De ahí que creamos válido asignar a la negociación colectiva un rol decisivo en la fijación de derechos laborales de tipo económico. Ello no solo resulta consistente con uno de los principios que la OIT ha declarado como fundamentales para la generación de trabajo decente, sino que parte de una constatación ontológica: corresponde a los actores sociales, empleadores y trabajadores, establecer autónomamente los derechos laborales económicos por los cuales deben regirse.

Es claro que la negociación colectiva expresa en mayor medida el conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores, y que es cuestionada por algunos sectores empresariales como un recorte al poder directivo del empleador, o como un instrumento destinado a recortar productividad y rentabilidad. Al mismo tiempo, no puede desconocerse

(14) DAZA, José Luis, *Economía Informal, trabajo no declarado y administración del trabajo*, Documento N° 9, Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, p. 26.

(15) KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed., trad. Jesús Galeana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 103.

que para algunos sectores laborales, la negociación colectiva es vista como un campo propicio para la confrontación política, así sea ajena a la protección de los intereses generales de los trabajadores, o para viabilizar longevos cacicazgos sindicales teñidos de prebendas. Sin embargo, más allá de cuestionamientos subalternos o de instrumentalizaciones perversas, la experiencia demuestra que, en términos generales, la empresa negocia y acuerda solo aquello que realmente se encuentra en capacidad de otorgar, mientras que desde la perspectiva de los trabajadores, incluso en situaciones de confrontación, tiende a prevalecer un límite que morigera el antagonismo, ya que finalmente a los trabajadores les interesa la prosperidad y no el colapso de su centro de trabajo(16).

Por ello, postulamos que la legislación laboral debería limitarse a fijar derechos laborales básicos –pisos mínimos– pasibles de ser asumidos por cualquier empleador al margen de su dimensión o capacidad económica y dejar librada a la negociación colectiva la fijación de derechos laborales de mayor impacto.

Por cierto, ello implica un acuerdo social básico que consiste en reconocer que la negociación colectiva importa compartir una dosis del poder al interior de la organización empresarial –resultado que no todo empleador comparte– pero que adecuadamente conducida puede contribuir a internalizar los objetivos de la empresa a partir de la idea de que en ambas partes coexiste un interés común por el crecimiento y la rentabilidad. Así, sin dejar de lado el hecho que corresponde la negociación colectiva expresar la contraposición de intereses entre el capital y el trabajo, no son excepcionales los casos en que esta haya contribuido a que el sector laboral asuma el rol de aliado o socio de la empresa. A ello se agrega que no es infrecuente que algunos empleadores recurran a la negociación colectiva para movilizar y generar compromisos de los trabajadores hacia las políticas de cambio que se desee implementar, y que más aún, en situaciones de crisis ha sido usada como un factor que coadyuve a su superación mediante la celebración de convenios colectivos *in peius* cuya aceptación resultaría inviable por parte del personal si no se contase con el aval de la organización sindical. Pero, fundamentalmente y desde la perspectiva de este trabajo, importa asignarle un papel preponderante en la disminución de la informalidad, habida cuenta que corresponderá a la autonomía colectiva y no a la legislación fijar mayores costos solo ahí donde las condiciones económicas lo justifican.

(16) CAMERLINCK/LYON-CAEN, *Derecho del trabajo*, cit., p. 23

7. EL TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE

Desde un punto de vista teórico, es probable que la tesis esbozada admita un nivel de debate. Sin embargo, desde un punto de vista práctico puede despertar enormes suspicacias, en particular, cuando se formulan alternativas de desregulación o disminución de beneficios que ya vienen siendo percibidos por los trabajadores.

Por cierto que no apuntamos a que la negociación colectiva sea el instrumento para disminuir los derechos fijados en la legislación. Ello no solo resultaría opuesto al principio de irrenunciabilidad, de raigambre constitucional, ya que es claro que ello no constituiría un estímulo, sino por el contrario un desincentivo, a la negociación colectiva, toda vez que para los trabajadores resultaría más ventajoso no negociar a fin de evitar quedar expuestos a la posibilidad de una reducción de beneficios.

Tampoco postulamos que una reforma legislativa pase a reformular los derechos laborales económicos disminuyendo su alcance, por cuanto ello sería conceptuado con un mero acto de despojo de un gobierno de turno, o de la coyuntura política vigente en un determinado contexto, destinada a ser desarticulada tan pronto varíe el peso y correlato de las fuerzas políticas correspondientes.

Podría estimarse que la ocasión propicia para tratar el tema de los derechos laborales y proponer su eventual reformulación se dio cuando participamos en el comité encargado de la elaboración del Anteproyecto de Ley General del Trabajo[17], si bien en el artículo XI de su Título Preliminar se consagró como principio del ordenamiento laboral el "fomento a la formalidad que permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias".

Sin embargo, como se adelantara en el acápite 2 precedente, el abordaje de esta problemática no parte de la promulgación de una norma flexibilizadora, por mucho que ello corresponda a la forma cómo se materializaría

[17] En el año 2002, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República encargó a un grupo de profesores de Derecho del Trabajo, de orientación plural, la preparación de un Anteproyecto Ley General de Trabajo. A pesar de los avances obtenidos, los actores sociales reunidos en el Consejo Nacional del Trabajo siguen sin llegar a consenso pleno sobre temas sustanciales, señaladamente y entre otros, en materia de negociación colectiva.

el esquema, sino por la generación de consensos sociales sobre la forma de tratar a la informalidad y a la implementación de políticas de Estado que la enfrenten integralmente. Pretender que el remedio de la informalidad pase por un esfuerzo aislado y centrado en la disminución de derechos laborales, no es sino un mero espejismo carente de toda viabilidad que significaría partir del supuesto falso que las culpas de la informalidad deben cargarse sobre los derechos laborales.

A lo expuesto se agrega que tampoco asumimos la quimera de pretender que disminuyendo los derechos laborales vaya a obtenerse que automáticamente las micro y pequeñas empresas vayan a formalizarse y acudan presurosas ante las autoridades competentes a registrar a sus trabajadores. Por el contrario, como ya hemos adelantado, el fenómeno de la informalidad es bastante más complejo que establecer un determinado nivel de beneficios laborales aplicables a la microempresa. Prueba de ello es que es mínimo el efecto que en materia de formalización efectiva ha tenido la Ley N° 28015 en comparación con la magnitud del problema, lo que evidencia que no se trata meramente de reducir beneficios laborales para obtener que la empresa informal se formalice. Reiteramos: la reducción de la informalidad debe ser abordado como un objetivo nacional que incluya integralmente a todos los factores que inciden en este fenómeno y debe involucrar a la sociedad y al Estado en su conjunto. Es en ese contexto que el tema de los derechos laborales existentes será solo uno de los componentes –y no precisamente el de mayor relevancia– a ser reexaminado, de manera que el esfuerzo no solo sea compartido sino que tenga posibilidad de persistir en el tiempo. En materia laboral, ello implica, ciertamente, arribar a consensos en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, lo que si bien pudiera no resultar particularmente auspicioso en vista de experiencias previas de este órgano, no puede perderse de vista que si la reducción de la informalidad pasa a ser un objetivo nacional claramente asumido, el referido consejo, previsiblemente, acompañará el esfuerzo.

Ahora bien, en el marco del tratamiento integral de la informalidad y desde la perspectiva de los derechos laborales actualmente vigentes en el régimen común, una primera reflexión implicaría destacar que un estado de cosas, no por existente, adquiere título de legitimidad perpetua. Enfrentar una situación inconducente puede resultar conflictivo, pero si en el balance de largo plazo el costo-beneficio resulta positivo, el esfuerzo resultará justificado.

De esta forma, y desde el marco de la referida política integral, partimos de la premisa que los derechos laborales de claro contenido económico deben ir, gradual y progresivamente, reduciéndose de modo general en el tiempo, hasta llegar a un nivel susceptible de ser asumido por cualquier empleador. Así, no compartimos la idea de entronizar una legislación dual, no solo por las aprensiones, ya comentadas, que ese esquema nos genera, sino porque creemos que el tema pasa por revaluar el rol que le corresponde a la legislación y a la negociación colectiva en materia de fijación de derechos laborales de naturaleza económica. Por ello, creemos que se justifica repensar la conveniencia de que sea la legislación la que regule materias tales como la compensación por tiempo de servicios, elevadas indemnizaciones por despido, las gratificaciones o el descanso vacacional en un número considerable de días desde el primer año de la relación laboral.

Propugnamos así la idea de que en el contexto de la implementación del objetivo nacional en referencia, cabe evaluar la posibilidad de establecer como régimen laboral común en materia de derechos laborales de naturaleza económica aquellos que la Ley N° 28015 reconoce a favor de los trabajadores de la microempresa, con la salvedad que no compartimos de ese régimen que la contribución a la seguridad social en materia pensionaria sea facultativa.

Respecto a los derechos laborales de mayor costo que hoy se encuentran reconocidos en el régimen común, creemos que debería operar su reducción progresiva –pensamos en un periodo de varios años– hasta equiparse con los que hoy rigen para la microempresa, con el claro mensaje que podrán mantenerse, e incluso superarse, si son materia de acuerdo a través de la negociación colectiva.

Cabe preguntarse si es políticamente viable reducir o eliminar beneficios laborales económicos a quienes ya los vienen percibiendo. En el marco del gran objetivo nacional, planteado ello, pasa primeramente por arribar a un consenso social que asuma que mantener o continuar generando beneficios laborales económicos que se aplican únicamente a una minoría de trabajadores –y que ello implica condenar a la inmensa mayoría de trabajadores a la informalidad– constituye un costo demasiado alto que la sociedad en su conjunto no debe seguir pagando.

Ciertamente, este esquema de reducción progresiva tendría que ser finalmente recogido por la legislación, pero solo en tanto y en cuanto sea parte de la implementación de políticas integrales de largo aliento destinadas a reducir la informalidad.

Podría cuestionarse el planteamiento como utópico ante el escaso desarrollo de la negociación colectiva en el país, o lo que es más grave, que encubre un intento de despojo de derechos adquiridos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el hecho que la mayor parte de los trabajadores en el Perú preste servicios en la microempresa informal al margen de toda protección social, hace necesario repensar esquemas en busca de caminos distintos a los que hasta hoy no han dado resultado.

A ello se agrega reconocer el rol que le corresponde a la negociación colectiva en la fijación de derechos laborales económicos, lo que implica el fomento efectivo de este instituto. A este respecto, cabe destacar que en materia de negociación colectiva, al Estado no le corresponde un rol intrascendente y ni siquiera neutral, sino por el contrario, activo y de fomento, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 28°. Así, creemos que se generaría un importante factor de aliciente, y por ende de fomento a la negociación colectiva, si quienes hoy gozan de determinados derechos laborales económicos se ven en la necesidad acordarlos por negociación colectiva de manera de evitar la disminución del nivel en el que hoy se encuentran.

La negociación colectiva es reconocida como uno de los derechos fundamentales destinados a "garantizar los derechos de los seres humanos en el trabajo"[18] y su legitimidad social en el mundo contemporáneo determina que incluso sea condición ineludible para la celebración de tratados de libre comercio[19]. A ello se agrega el hecho que la informalidad conlleva la negación de los derechos más elementales que corresponden al trabajador y que la legislación laboral común solo se aplica a un número de trabajadores escasamente relevante. De ahí que creamos que se justifica repensar el rumbo de nuestra legislación laboral de modo que pueda responder con eficacia a los desafíos que le plantea la informalidad.

---

(18) Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, del 18 de junio de 1988.

(19) Así lo reconoce el Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, que con el objeto de regular con mayor énfasis algunos temas involucrados en el Acuerdo, entre estos, varios de naturaleza laboral, ha establecido el compromiso de las partes en garantizar el ejercicio efectivo de la negociación colectiva.

EL DEBATE DE LA CLÁUSULA SOCIAL

Renato MEJÍA MADRID

"En la actualidad, resulta imposible esquematizar un proceso de integración sin que se tenga en cuenta, además de los factores económicos, el desarrollo de una serie de factores básicos ligados profundamente al desarrollo social; entre los que figura, en primer lugar, el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos fundamentales del trabajo".

Luis Aparicio Valdez.

Sumario: 1. La cuestión social en la globalización. 2. El debate de la cláusula social en la OMC. 3. La OIT y la Declaración de 1998. 4. La cláusula social en el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de América. 5. Apreciaciones finales.

1. LA CUESTIÓN SOCIAL EN LA GLOBALIZACIÓN

La globalización es un fenómeno complejo caracterizado por la liberalización del comercio internacional, liberalización producto de decisiones políticas de reducción de las barreras nacionales al comercio internacional, y del impacto de nuevas tecnologías en la información, las comunicaciones y la producción.

Ello ha supuesto la generación de un mercado de alcance global que abarca una variedad cada vez mayor de bienes y servicios; la homogenización de las preferencias de los consumidores, características de los productos y métodos de producción; y la mayor concentración de capital a través del incremento de fusiones y adquisiciones nacionales e internacionales.

Además, la liberalización del comercio y las nuevas tecnologías permiten el desarrollo de nuevas modalidades de organización productiva (existencias cero, calidad total, producción y demandas sincronizadas, etc.) y de vinculación entre empresas (unidades más pequeñas y flexibles que operan en redes, establecen alianzas transitorias y se benefician de la espectacular reducción de restricciones de tiempo y de espacio) a través de territorios de diferentes países. "Muchas veces, el producto final es un complicado conjunto de insumos originados y producidos en una variedad de lugares, para venderlo en el país receptor o en el de origen o en cualquier lugar del mundo"(1).

Ello en medio de los tres dramas que entraña la globalización para los trabajadores: el relativo desinterés por el mercado interno y en esa medida un menor interés en el poder adquisitivo de la población, toda vez que el mercado ahora es global; la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas, por la ventaja que por su movilidad tiene el capital frente al Estado y al trabajo; y el predominio de ideologías que tienden a privilegiar al capital sobre el trabajo(2).

La globalización redimensiona el papel del mercado y de la libre competencia en la asignación de los recursos, debilitando los mecanismos jurídicos, como el derecho al trabajo, a través de los cuales los Estados nacionales establecen límites al poder del capital. En este contexto, "los sistemas nacionales de relaciones laborales, y en especial la legislación nacional, se vienen mostrando cada vez menos eficaces para regular un fenómeno que se desarrolla o tiene sus causas a un nivel internacional"(3).

---

(1) LIM, Hoe, *The social clause: issues and challenges*, International Labor Organization, Turin, 2001, en www.itcilo.it/actrav/actrav-english/telearn/global/ilo/guide/hoelim.htm.

(2) ERMIDA, Óscar, "Derechos laborales y comercio internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima 2001, pp. 285-303; tambien en www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/derlabermida.htm.

(3) GALINDO, Valeria, *Trabajo decente: fundamentos, alcances y naturaleza jurídica de una institución en formación*, Tesis para optar por el Título de Abogada, PUCP, Lima, 2006.

La globalización tiene así impacto no solo en las organizaciones productivas, y con eso en la organización del trabajo, sino también en su regulación. Pero no creando un mercado de trabajo global, como el de bienes y servicios, pues la movilidad de estos no ha venido acompañada de una liberalización de barreras a la movilidad de personas. La libre circulación de bienes y servicios, y la consecuente apertura de los mercados nacionales, ha abierto las puertas a nuevos competidores, intensificando la competencia entre empresas y economías nacionales y revalorizando el papel de las ventajas comparativas.

Para enfrentar las mayores exigencias del mercado global y atraer a las nuevas organizaciones productivas transnacionales, que son percibidas como fuentes de empleo y avance tecnológico, ha sido una estrategia frecuente en los países en desarrollo realizar una rebaja normativa o de hecho (a través de una deficiente fiscalización de su cumplimiento) de las obligaciones laborales, produciéndose una competencia reguladora "a la baja" entre esos países. Dicha apuesta, más que una estrategia de desarrollo, arriesga la trampa de un crecimiento empobrecedor, condenando a su mano de obra a continuar siendo mano de obra barata[4], que puede recrear una cuestión social del tipo de la que, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX hicieron surgir el derecho del trabajo, los sindicatos y la misma OIT[5].

Lo expuesto genera un entendimiento en el sentido que las políticas sociales, y entre ellas los estándares laborales, pueden verse seriamente afectados por las diversas manifestaciones de la globalización, por lo que en los últimos años ha sido frecuente la demanda en diversos ámbitos, y en particular en el de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de establecer un vínculo entre estándares laborales y el comercio internacional.

2. EL DEBATE DE LA CLÁUSULA SOCIAL EN LA OMC

Como se verá a lo largo del presente trabajo, la demanda de establecer un vínculo entre estándares laborales y el comercio internacional no es en algún modo una novedad.

---

(4) LOWENTHAL, Paul, "Reflexiones en torno a fenómenos actuales. Sobre la globalización y otros", en *Derecho & Sociedad*, N° 26, Lima, 2006, p. 379.

(5) ERMIDA, "Derechos laborales y comercio internacional", cit., pp. 285-303.

La Carta de la Habana, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo de 1947 para la creación de una Organización Internacional de Comercio(6), contenía disposiciones que reconocían un interés internacional común por alcanzar y mantener estándares laborales justos, así como por mejorar los salarios y las condiciones de trabajo en la medida en que la productividad lo permita. Asimismo, reconocía que las condiciones de trabajo injustas, en particular en la producción para la exportación, crea dificultades en el comercio internacional y, conforme a eso, facultaba a los eventuales países miembros, a tomar cualquier medida que estimen conveniente y viable para eliminar dichas condiciones en sus territorios. También establecía un compromiso de colaboración de la Organización y de sus eventuales países miembros con la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

La Carta de la Habana nunca entró en vigor. Una reformulación del capítulo sobre política comercial de la Carta de La Habana, fue negociado en 1947 y entró en vigor en 1948 como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), a fin de aplicar y proteger las concesiones arancelarias negociadas en la Conferencia de 1947 y a la espera de la entrada en vigor de la Carta de La Habana.

Previsto como provisional, las disposiciones que establecían un vínculo entre estándares laborales y el comercio internacional (entre otras regulaciones) no fueron incluidas en el GATT, con la única excepción del artículo 20°.e que permite a los gobiernos prohibir unilateralmente la importación de bienes producidos con trabajo penitenciario.

A pesar de su provisionalidad, el GATT estableció las reglas aplicables a una gran parte del comercio mundial durante 47 años, y dio origen a una organización comercial de facto, formalizada luego de su última ronda de negociaciones, la Ronda Uruguay, iniciada en 1986 y concluida

(6) La intención era crear una tercera institución que se ocupara de la esfera del comercio en el orden económico internacional, sumándose a las dos instituciones producto de los Acuerdos de Bretton Woods. Los Acuerdos de Bretton Woods son las resoluciones de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, realizada en el complejo hotelero de Bretton Woods, New Hampshire, entre el 1 y el 22 de julio de 1944, donde se decidió la creación del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional y el uso del dólar como moneda internacional. El principal objetivo del sistema de Bretton Woods fue poner en marcha un nuevo orden económico internacional luego de la Segunda Guerra Mundial y dar estabilidad a las transacciones comerciales a través de un sistema monetario internacional, con un tipo de cambio sólido y estable fundado en el dominio del dólar.

en 1994 con la creación de la OMC como foro multilateral para la negociación entre gobiernos de acuerdos comerciales y garante del cumplimiento de los acuerdos a los que se llegue.

Durante la Ronda Uruguay, EE.UU. propuso la inclusión en la agenda de negociación de la llamada "cláusula social" en normas comerciales internacionales. Las cláusulas sociales son aquellas normas mínimas laborales incorporadas en normas comerciales internacionales a cuyo cumplimiento se sujeta el acceso o mantenimiento de ventajas contenidas en estas(7).

(7) En su legislación interna, y desde la McKinley Tariff Act de 1890 que prohibía la importación de bienes producidos con trabajo penitenciario, Estados Unidos de América tiene una larga historia de vinculación entre estándares laborales y comercio internacional.

Para nosotros, la más familiar es sin duda el Sistema Generalizado de Preferencias Arancelarias, un sistema adoptado por el Congreso estadounidense en 1974 y renovado periódicamente hasta el día de hoy (la última renovación es la del año 2006 vigente hasta el año 2008) que otorga un tratamiento arancelario preferencial (cero aranceles) a más de 5,000 productos importados provenientes de cerca de 140 países en desarrollo, entre los que se encuentra el Perú como parte de la Comunidad Andina de Naciones.

A fin de acceder al tratamiento arancelario preferencial, debe cumplirse con determinados requisitos, entre los que se encuentra el de haber tomado o estar tomando medidas para mantener derechos laborales internacionalmente reconocidos como libertad sindical y negociación colectiva, libertad de trabajo, edad mínima para el empleo de menores y condiciones aceptables de trabajo relacionadas con salario mínimo, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional, e implementar compromisos para eliminar las peores formas de trabajo infantil. La inclusión o permanencia de productos o países es decidida con periodicidad anual, y la permanencia puede ser suspendida, interrumpida o continuada.

Una subcomisión interministerial estudia las posibilidades señaladas, y sus recomendaciones son revisadas por la Oficina de Representación Comercial de Estados Unidos de América (USTR por sus siglas en inglés) que hace llegar su opinión al Presidente para que tome una decisión. Estas revisiones anuales generalmente duran alrededor de once meses durante el cual la subcomisión recurre al reporte anual sobre derechos humanos en el país elaborado por el Departamento de Estado estadounidense, las observaciones de los órganos de control de la OIT, reportes de embajadas y consulados estadounidenses, e incluyen un periodo abierto al comentario público y audiencias públicas, en las que suelen participar organizaciones no gubernamentales y organizaciones sindicales (como suele hacer la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres con sus informes anuales nacionales sobre violaciones de derechos sindicales), así como un informe de la Comisión Internacional de Comercio de Estados Unidos de América, una agencia federal independiente, sobre el impacto económico de las decisiones dentro del sistema.

Fuera de Estados Unidos de América, existen otros ejemplos de sistemas similares, como el adoptado por la Comunidad Europea desde 1971. Cfr. http://ec.europa.eu/trade/issues/global/gsp/index_en.htm.

Con la incorporación de dicha "cláusula social", se pretendía establecer un vínculo entre estándares laborales y el comercio internacional, de tal forma que el incumplimiento de normas mínimas laborales sea vigilado y sancionado comercialmente por la OMC.

La incorporación de cláusulas sociales en acuerdos comerciales ha sido vista como una manifestación más de la llamada dimensión social de la globalización[8], una forma indirecta o alternativa de reconocimiento, protección o promoción de principios y derechos laborales[9], que a lo largo de los años ha generado diversas posiciones a favor y en contra de esta.

Los argumentos a favor se pueden agrupar, básicamente, en argumentos económicos y morales[10].

De acuerdo con el argumento económico, los productores que tienen la posibilidad de adoptar las normas más bajas posibles, o de no adoptar ninguna, tienen una ventaja comparativa indebida en el comercio internacional sobre los productores que no pueden hacerlo. Así, los países que reducen la protección jurídica de los trabajadores con la finalidad de lograr una producción a bajo costo, otorgan una subvención encubierta a las exportaciones, o lo que se denomina usualmente *dumping social*. La inclusión de la cláusula social evitaría la competencia reguladora a la baja entre países en desarrollo o un mayor proteccionismo de los países desarrollados que cuentan con estándares laborales más altos.

Bajo este argumento, la preocupación de los países desarrollados que promueven la inclusión de la cláusula social iría incluso más allá de lo estrictamente comercial, pues la carrera reguladora a la baja acusada a los países en desarrollo tendría también impacto en la generación de empleo en sus propios territorios debido al traslado de actividades y organizaciones productivas transnacionales hacia países en desarrollo, a fin

(8) CAMPANA ZEGARRA, David, "La dimensión social de la globalización, integración, libre comercio y códigos de conducta: desafío para el derecho del trabajo", en David Campana Zegarra y Javier Mujica Petit (coords.), *Códigos de conducta y normas sobre responsabilidad social empresarial. Un desafío para la competitividad en la economía global*, Centro de Asesoría Laboral, Lima, 1999.

(9) ERMIDA, "Derechos laborales y comercio internacional", cit., pp. 285-303.

(10) VALOR, Carmen, Boletín económico de información comercial española, Nº 282, Madrid, 2006, pp. 39-54.

de aprovechar la fuerza de trabajo, las infraestructuras o las regulaciones ambientales que conllevan un costo más bajo, generando empleo que podría haberse generado en los países de origen de dichas organizaciones. Dicho impacto no podría siquiera ser revertido con la alta productividad laboral de los países desarrollados, pues "muchos países en desarrollo pueden reproducir las condiciones técnicas necesarias para generar productividades comparables a las de los países ricos, pero manteniendo costos sustancialmente más bajos"(11).

Desde dicha perspectiva económica, los países en desarrollo, en particular los asiáticos, se opusieron a cualquier iniciativa de cláusula social, argumentando que los países desarrollados deseaban eliminar la competitividad que obtienen con bajos salarios, lo que les permite exportar productos que requieren de intensiva mano de obra, y proteger sus propios mercados internos.

De acuerdo con el argumento moral, los estándares laborales contienen derechos humanos y merecen protección absoluta, no pudiendo sostenerse ventaja competitiva alguna sobre la base de estándares laborales injustos.

Ahora bien, frente a dicho argumento moral, resulta más que irónico que los EE.UU., el principal promotor de la inclusión de la cláusula social en normas comerciales internacionales, sea de los países miembros de la OIT que menos convenios de la OIT, estándares laborales universalmente reconocidos, haya ratificado (en total catorce, de los cuales solo dos regulan lo que OIT ha denominado principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Frente a ello, los países en vías de desarrollo sostuvieron que la OMC no era el foro adecuado para tratar el establecimiento de estándares mínimos laborales internacionales, sino la OIT, que cuenta con sus propios estándares laborales y vigila su cumplimiento.

Finalmente, en la conferencia ministerial de la OMC de 1996 en Singapur, los ministros participantes suscribieron la siguiente declaración:

---

(11) DI FILIPPO, Armando y FRANCO, Rolando, "Aspectos sociales de la integración regional", en Armando Di Fillipo y Rolando Franco (comps.), *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1999, p. 23.

> "Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La OIT es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración".

Este tema se planteó también en la Conferencia Ministerial de Seattle de 1999, pero no se alcanzó ningún acuerdo. La declaración de la OMC fue reafirmada en 2001 en la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, sin que se produjera ningún debate específico.

En el ínterin, en el año 1998, la Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT aprobó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

3. LA OIT Y LA DECLARACIÓN DE 1998

Desde sus orígenes en 1919, como único legado del Tratado de Versalles, la OIT no ha sido ajena a las posibilidades de vinculación de estándares laborales con el comercio internacional. Es más, el propio preámbulo de su Constitución señala: "Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países", y la Declaración de Filadelfia de 1944 reafirma como principio fundamental en el que está basada la OIT, entre otros, que "el trabajo no es una mercancía". Ello porque "el derecho internacional del trabajo surge con doble finalidad, sin lugar a dudas: regular la competencia tanto nacional como internacional y salvaguardar la dignidad humana, evitando la explotación económica del trabajador. El célebre postulado de la OIT de que 'el trabajo no es una mercancía' deja en claro la susodicha vinculación. Se trata de sacar al trabajo

humano del mercado (o por lo menos, de evitar su excesiva mercantilización, nacional e internacional)"[12].

La OIT, como agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas que tiene entre sus funciones la creación de normas internacionales del trabajo y la supervisión de su cumplimiento, tiene sin duda un papel privilegiado ante la demanda de vinculación entre estándares laborales y comercio internacional. Siendo ello así, ¿en qué radica el interés en promover dicha vinculación en ámbitos ajenos a la misma? La explicación se encontraría en las características propias del mecanismo de control de cumplimiento de las normas internacionales del trabajo de la OIT.

El sistema de normas internacionales del trabajo de la OIT está constituido principalmente por los convenios internacionales del trabajo. Los convenios internacionales del trabajo son instrumentos aprobados en la Conferencia Internacional del Trabajo, asamblea anual de la OIT en la que cada país miembro participa con una representación tripartita (Gobierno, trabajadores y empleadores), con la finalidad de generar obligaciones laborales internacionales a los Estados miembros que los ratifiquen, una vez que dicha ratificación haya sido comunicada al Director General[13].

La comunicación de la ratificación desencadena también procedimientos de control de cumplimiento de dichas obligaciones: con ocasión del examen de las memorias periódicas sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales internacionales que los Estados miembros deben remitir a la Conferencia Internacional del Trabajo, las que son examinadas por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones; con ocasión de las denuncias iniciadas por otros Estados miembros (reclamaciones) o por organizaciones de trabajadores y de empleadores (quejas) ante el Consejo de Administración, o iniciadas de oficio por el propio consejo; o con ocasión de las quejas en materia de libertad sindical iniciadas ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración.

---

(12) ERMIDA, "Derechos laborales y comercio internacional", cit., pp. 285-303.

(13) También son parte del sistema de normas internacionales del trabajo las recomendaciones que, a diferencia de los convenios, son aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo sin la finalidad de crear obligaciones internacionales a los Estados miembros, cumpliendo el papel de directrices. Generalmente, mientras un convenio establece las obligaciones que deben cumplir los Estados que lo ratifican, la recomendación lo complementa proporcionando directrices sobre su aplicación. Las recomendaciones también pueden ser autónomas, no vinculadas con ningún convenio.

En cualquiera de estos casos, de detectarse un incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones laborales internacionales asumidas al ratificar un convenio internacional del trabajo, o por el hecho de ser miembro de la OIT y sujetarse por tanto a su Constitución, los procedimientos suelen concluir con observaciones referidas a dicho incumplimiento, que hacen las veces de una sanción de tipo moral.

La ausencia de mecanismos coercitivos de sanción en el ámbito de la OIT con ocasión de cumplimiento de las obligaciones laborales internacionales de los Estados miembros, ha generado la convicción de que la OIT "no tiene dientes" para detener las violaciones a los derechos laborales[14], y en parte explica la discusión de incorporación de cláusulas sociales en ámbitos en los que sería posible la imposición de una sanción comercial al Estado infractor, como la OMC.

Para la fecha en la que la conferencia ministerial de la OMC suscribió la declaración de Singapur reconociendo a la OIT como el órgano competente para establecer las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas y ocuparse de ellas, ya el Director General de la OIT en su memoria de 1994, con ocasión del Septuagésimo Quinto aniversario de esta advirtió "no es inevitable que las nuevas circunstancias vayan a socavar nuestras actividades normativas, pero ello a condición de que aprovechemos esta oportunidad única para conferirles nuevo vigor", y propuso tres cursos de acción: adaptar la actividad normativa a las necesidades reales y urgentes; explorar nuevas posibilidades de fomentar derechos sociales fundamentales; y crear una nueva sinergia entre las normas internacionales del trabajo y el desarrollo del comercio internacional; esto último sin olvidar que: "Las diferencias en cuanto a las condiciones y niveles de protección están en cierta medida vinculadas a las diferencias en los niveles de desarrollo. No se puede privar a los países en desarrollo de las ventajas (relativas o transitorias) que se deriven de esa situación, pues se correría el riesgo de impedirles participar en los beneficios de la mundialización y, por consiguiente, de obstaculizar sus posibilidades de desarrollo social ulterior [...]. No obstante, para que este razonamiento sea válido debe cumplirse una condición esencial: el

(14) CHARNOVITZ, Steve, "The Internacional Labour Organization in its Second Century", en Jochen Frowein y Rüdlger Wolfrum (edits.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 169.

respeto de ciertas reglas de juego comunes", criterios precisamente recogidos en la declaración de Singapur(15).

Asimismo, los jefes de Estado se comprometieron en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social, celebrada en 1995 en Copenhague en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, a procurar el objetivo de velar por la existencia de buenos puestos de trabajo y salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores y a promover la observancia de los convenios pertinentes de la OIT, incluidos los que regulan la prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, la libertad sindical y la negociación colectiva, y la no discriminación.

Sobre la base de este consenso referido a las "reglas de juego comunes", el Director General de la OIT inició en 1995 una campaña por la ratificación de los convenios de la OIT calificados como fundamentales por el Consejo de Administración: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Nº 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Nº 98), Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Nº 29) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Nº 105) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Nº 111), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Nº 100), y el Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Nº 138), al que años después se sumaría el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (Nº 182), aprobado en 1999.

Sin embargo, se vio la necesidad de establecer de manera complementaria una declaración de carácter solemne a través de la cual incluso un Estado miembro que no haya ratificado estos convenios fundamentales, por el hecho mismo de ser miembro de la OIT y haberse adherido a su Constitución, reconozca su obligación de respetar los derechos fundamentales que dichos convenios regulan; ello en el entendido que "la formulación de una declaración o de cualquier otro texto de carácter solemne podría permitirnos delimitar a partir de los convenios los aspectos esenciales, reconocidos universalmente, del derecho fundamental, sin correr el riesgo de que pueda parecer que se pone en entredicho el convenio correspondiente o de llegar a menoscabarlo"(16).

---

(15) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización. Memoria del Director General", Octogésiuma Quinta Reunión, 1997, en www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc85/dg-rep.htm.

(16) Loc. cit.

En este contexto, el Director General presentó en la Conferencia Internacional de Trabajo de 1997 propuestas para una declaración solemne sobre los derechos fundamentales en el trabajo, para que finalmente sea puesta en la orden del día de la Conferencia Internacional del trabajo que la adoptó en 1998 como la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

La Declaración compromete a los Estados miembros a respetar, promover y hacer realidad, los principios y derechos enunciados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, aceptados con su incorporación a la OIT, y a esforzarse a lograr los objetivos generales de esta, hayan o no ratificado los convenios que los recogen y que han sido calificados por la OIT como fundamentales.

Al respecto, se ha acordado:

"La Conferencia Internacional del Trabajo:

[...].

2. Declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

a. la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

b. la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

c. la abolición efectiva del trabajo infantil; y

d. la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".

La Declaración de la OIT significa para esta suerte de renovación del sistema de normas internacionales del trabajo, "es una iniciativa mundial que busca responder a los desafíos que la globalización presenta al desarrollo humano [...] [y] surge de la convicción de que el crecimiento debe ir acompañado, pues, de un mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados

tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear"[17], y ha dado un nuevo impulso a la organización en el cumplimiento de sus funciones.

Si bien la declaración no sigue la lógica de la cláusula social, toda vez que "tiende únicamente a proporcionar una información sin introducir ninguna restricción, contrariamente a la cláusula social, la cual condiciona la libre circulación de mercancías y servicios y, por lo tanto, su acceso a los mercados nacionales, al respeto de ciertas normas sociales"[18], ha servido de parámetro para la inclusión de "cláusulas sociales" en acuerdos comerciales bilaterales o regionales suscritos en ámbitos distintos al de la OMC, y que recupera del sistema de normas internacionales del trabajo "la vinculación con el comercio internacional que también estuvo –y está– presente en la finalidad del sistema normativo de la OIT"[19].

4. LA CLÁUSULA SOCIAL EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EL PERÚ Y LOS ESTADO UNIDOS DE AMÉRICA

Como se señaló, la iniciativa de incorporar cláusulas sociales a las normas internacionales comerciales en el ámbito de la OMC no tuvo éxito. No obstante, con ocasión de la suscripción del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (o Nafta, por sus siglas en inglés) suscrito en 1994 por EE.UU., Canadá y México, se suscribió también un acuerdo paralelo que contenía una cláusula social. Dicho acuerdo no había sido previsto originalmente en las negociaciones del tratado de libre comercio, pero fue exigido por el entrante gobierno demócrata de Bill Clinton, que sucedió al republicano de George H. W. Bush, como condición para la suscripción de este. EE.UU. ha logrado introducir cláusulas sociales en el propio texto de tratados de libre comercio que ha firmado con

(17) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Globalización y trabajo decente en las Américas - Informe del Director General", en XV Reunión Regional Americana, OIT, Lima, 2002, p. 34

(18) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Declaración del señor Michel Hansenne, Director General de la Oficina Internacional del Trabajo", en Octogésima Quinta Reunión de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1997, en www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc85/dg.htm

(19) ERMIDA, "Derechos laborales y comercio internacional", cit., pp. 285-303.

posterioridad, como en los suscritos con Jordania, Singapur, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana.

Recientemente, nuestro país y los EE.UU han suscrito un Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Cultural Perú-EE.UU. (TLC), que incluye disposiciones aclaratorias, adicionales y modificatorias del texto original del TLC suscrito el 12 de abril de 2006[20], el que fue aprobado por el Congreso de la República el 27 de junio de este año, y que en su capítulo laboral también incluye una cláusula social, siguiendo la línea de los TLC señalados[21].

4.1. Principios laborales

A través del artículo 17°.2 del TLC, ambos Estados se comprometen a adoptar y mantener en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración de 1998 de la OIT: la libertad de asociación y 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 del acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

A diferencia de otros TLC suscritos por EE.UU., en este ha sido, expresamente, incorporado el compromiso a la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación.

Además, se incluye el reconocimiento de condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud

---

(20) Cabe señalar que a través del *Trade Promotion Authority*, el Congreso estadounidense delegó al Poder Ejecutivo la facultad de negociar acuerdos comerciales con otros Estados a través del USTR, de manera que el Congreso solo puede aceptarlos o rechazarlos en su integridad, pero no modificarlos (procedimiento denominado *fast track* o vía rápida). Por ello, la modificación del TLC ha sido resultado de una exigencia del Congreso estadounidense, y más precisamente de la actual mayoría de representantes demócratas, para aprobar el mismo, así como la adecuación de la legislación nacional a los estándares laborales internacionales establecidos en la Declaración de la OIT.

(21) Para ver el texto del TLC suscrito entre Perú y Estados Unidos, cfr. www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php.

ocupacionales, precisando que "el establecimiento de normas y niveles por cada una de las partes respecto de salarios mínimos no estará sujeto a obligaciones en virtud de este capítulo. Las obligaciones contraídas por cada parte conforme al este capítulo se refieren a la aplicación efectiva del nivel de salario mínimo general establecido por cada parte", dejando a resguardo la libertad que tiene cada parte de fijar su nivel de salario mínimo pero obligándose a que, cualquiera que esté fuera, debe hacerlo aplicar efectivamente.

También se incluye el compromiso a garantizar el acceso a tribunales, judiciales o administrativos, para el cumplimiento de la legislación laboral, y que los procedimientos seguidos ante ellos respeten el debido proceso, así como el compromiso a promover el público conocimiento de la legislación laboral.

Cabe precisar que, no obstante los compromisos relacionados con los principios y derechos establecidos como fundamentales del trabajo en la Declaración de 1998 de la OIT y otros derechos, dichos compromisos no suponen el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos de los Estados partes del Acuerdo, al menos no en mérito al TLC, y la exigencia de su cumplimiento se limita a los sectores que producen para la exportación.

Lo señalado se debe a la propia naturaleza del acuerdo, que es comercial y establece derechos y obligaciones, únicamente, para las partes que lo suscriben, lo que queda claro del compromiso asumido en el mismo artículo y en el 17°.3 en el sentido que ninguna de las partes dejará de aplicar o dejará sin efecto, ni ofrecerá hacerlo, las leyes o reglamentos que implementan dichos principios y derechos, de manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes, en los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con uno de ellos.

4.2. Estructura institucional

El artículo 17°.5 del TLC crea un Consejo de Asuntos Laborales integrado por representantes de los Ministerios de Trabajo de ambas partes, que se encargará de supervisar la implementación y revisión del avance del capítulo laboral, y del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades.

Cada parte designará, además, a una unidad o entidad como punto de contacto dentro de su Ministerio de Trabajo. Los puntos de contacto tienen como funciones: el prestar asistencia al Consejo, establecer prioridades de cooperación, desarrollar actividades específicas de cooperación y fortalecimiento de capacidades, intercambiar información sobre leyes y prácticas laborales de cada parte y la manera de fortalecerlas, buscar apoyo de organismos internacionales, encargarse de comunicaciones del público de acuerdo con los lineamientos que establezca el consejo y los procedimientos internos de cada parte, y tramitar las consultas laborales cooperativas entre las partes sobre cualquier asunto que surja del capítulo laboral.

4.3. Cooperación laboral

En el TLC se reconoce la importancia de la cooperación para avanzar en el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia laboral, dentro del marco legal de cada parte y respetando su soberanía. En ese sentido, se crea un mecanismo de cooperación laboral y desarrollo de capacidades supervisado por el Consejo y coordinado por el grupo compuesto por los puntos de contacto de las partes.

El objetivo del mecanismo es buscar actividades de cooperación bilaterales o regionales en temas laborales tales como derechos fundamentales en el trabajo y su aplicación efectiva, administración e inspección del trabajo, solución alternativa de conflictos, relaciones laborales, salud y seguridad ocupacional, condiciones de trabajo, trabajadores migrantes, asistencia social y capacitación, estadísticas laborales, oportunidades de empleo, género, buenas prácticas laborales y asuntos relativos a pequeña, mediana y microempresa.

4.4. Consultas laborales y solución de controversias

En el TLC se crea un mecanismo especial de consultas laborales de carácter cooperativo respecto de cualquier asunto que surja del capítulo laboral. Su trámite se realizará sin demora y con información suficiente a fin de ser respondida buscándose soluciones mutuamente satisfactorias.

Se han establecido en el TLC detalladas disposiciones de consulta, y solo cuando esta etapa haya sido agotada podrá recurrirse al Capítulo de Solución de Controversias a fin de crear un panel que emita un informe sobre un supuesto incumplimiento reiterado de la aplicación efectiva de la

legislación nacional de una de las partes, referida a los compromisos asumidos en el capítulo laboral, y que afecte el comercio con la otra parte.

Solo tras agotarse todos los canales de consulta y persuasión establecidos en el TLC, y luego de conocido el informe final del panel sin haber la parte demandada corregido la situación que motivo la demanda, las partes negociarán el establecimiento de una compensación y, de no acordarse o no cumplirse, la parte demandante podrá suspender la aplicación de los beneficios acordados en el TLC, salvo que la otra parte se comprometa a pagar una contribución pecuniaria anual; si esta no es pagada, nuevamente la parte demandante tiene la posibilidad de suspender beneficios.

5. APRECIACIONES FINALES

El TLC suscrito por el Perú con EE.UU., en la línea de los TLC suscritos por este con otros países, establece una cláusula social que recoge un compromiso de cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Declaración de 1998 de la OIT, y lo amplia a condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacionales, y acceso a los tribunales y debido proceso para exigir el cumplimiento de la legislación laboral.

No cuestiona las ventajas comparativas que pudieran tener las partes en el comercio internacional, en particular la referida al establecimiento del salario mínimo, y establece mecanismos de cooperación y consulta en caso de un incumplimiento reiterado de los compromisos asumidos, siempre que pudiera afectar el comercio entre las partes, evitando en lo posible la aplicación de sanciones comerciales.

Así, dicha cláusula social, como las acordadas en otros TLC por EE.UU., se aparta de las críticas de los detractores de estas, y parece ser incluso una garantía frente a las eventuales sanciones comerciales que unilateralmente pueden adoptarse en un sistema de preferencias arancelarias establecido también unilateralmente; sin embargo, la asimetría de las partes negociadoras no impide que la opinión de una de ellas se pueda imponer sobre la otra respecto al nivel de cumplimiento de los compromisos asumidos.

Y en este punto, la cláusula social no se acerca al objetivo buscado por sus defensores. La cláusula social no responde a una lógica social, sino

comercial y política: para la agenda externa de EE.UU., a través de los TLC este logra imponer exigencias que no logra imponer en el marco multilateral de la OMC, imprimiendo su ritmo a las negociaciones comerciales internacionales y mejorando su posición para futuras rondas de negociación; y para su agenda interna, responde a la preocupación de sus organizaciones sindicales de que la liberalización del comercio sea causa de la pérdida de puestos de trabajo, distrayendo la atención de la política interna.

Visto así, la cláusula social no parece ser otra cosa que la opción menos mala (entre incluirla o no incluirla en los TLC) ante la inevitable liberalización del comercio. Es difícil pues juzgar en qué medida el TLC influirá ya sea sobre el contenido de la legislación laboral, ya sea sobre la intensidad de los esfuerzos que irán a realizarse para su efectiva aplicación.

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

EL ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: TENDENCIAS ACTUALES

Alfredo MONTOYA MELGAR

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tendencias a la reducción del ámbito del Derecho del trabajo. 3. Tendencias a la expansión del ámbito del Derecho del trabajo. 4. Como conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las dos cuestiones máximas del Derecho del trabajo son sin duda estas:

- la relativa al contenido de su protección (pues el Derecho del trabajo nació y existe para proteger a determinados grupos de personas), y
- la relativa a la entidad y número de esas personas protegidas.

El Derecho del trabajo habrá alcanzado, pues, mayor perfección cuanto más alto sea el nivel de protección que depare y más amplio el ámbito de las personas beneficiadas por esa protección.

En términos generales, puede decirse que la historia del Derecho del trabajo es la historia de su ampliación tanto objetiva como subjetiva, es

decir, la historia del crecimiento tanto de sus medidas protectoras como del círculo de las personas protegidas. Tradicionalmente, esa tendencia ha podido sintetizarse en una sola palabra: "más" (más alta protección, más personas protegidas), aunque de modo excepcional esa continuada línea ascendente se viera frenada en algunas etapas de crisis económica, como la iniciada a mediados de los años setenta, que obligó a instrumentar una nueva estrategia a través de la cual pasó a protegerse también a la empresa (garantizando su mantenimiento y prosperidad a través de normas de adaptación y flexibilidad organizativas, que en términos generales reducen la función protectora de la legislación laboral y acrecientan los poderes empresariales, y que, en ocasiones, disponen exclusiones de grupos o categorías de trabajadores del ámbito personal del Derecho del trabajo). De este modo se coexisten dos tendencias contrapuestas, una centrípeta, la tradicional, y otra centrífuga, más o menos eventual y reciente, en cuanto a la configuración de dicho ámbito.

A lo largo de su historia (e incluso de la que podemos llamar su prehistoria, comprendiendo en esta el singular Proyecto de Código Civil de 1821 y el Proyecto de Ley de la Industria Manufacturera de Alonso Martínez de 1855), la característica definidora del trabajo objeto del Derecho del Trabajo viene siendo el tratarse de un trabajo prestado en utilidad y bajo dependencia ajenas.

Aun así, inicialmente no todo trabajador dependiente se integraba en el ámbito protector del Derecho del trabajo; en un primer momento solo se incluían en este los obreros industriales económicamente débiles, entre ellos, y como especialmente necesitados de protección, las mujeres y los menores. Más adelante, se va produciendo la incorporación de los empleados administrativos y dependientes de comercio, los llamados trabajadores intelectuales, a los que décadas después se habrán de sumar los representantes de comercio dependientes, y todavía más tarde, y como sujetos de relaciones laborales especiales, los deportistas, los estibadores portuarios, los empleados de hogar, los cargos de alta dirección de las empresas, los artistas de espectáculos públicos, los minusválidos ocupados en centros especiales y los penados en instituciones penitenciarias (artículo 2º.1 del Estatuto de Trabajadores, en delante, el ET), a los que normas específicas añadirán otras categorías laborales: los menores incluidos en el ámbito de la Ley 5/2000, sobre responsabilidad penal de los menores sometidos a internamiento, los profesionales sanitarios residentes en formación (Ley 44/2003, de 21 de noviembre), los abogados

que prestan servicios en despachos profesionales (Ley 22/2005, del 18 de noviembre, Primera Disposición Adicional) y cierto personal investigador en formación (RD 63/2006, del 27 de enero).

En sentido contrario, desde un principio vienen quedando fuera del Derecho del trabajo los funcionarios públicos, pese a insistentes esfuerzos doctrinales por alcanzar su laboralización, y los diversos contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios (arrendamientos, mandatos, comisiones mercantiles, etc.). Respecto de estos contratos civiles y mercantiles, existe una larga tendencia jurisprudencial en favor de la *vis attractiva* del Derecho del trabajo. Dos mecanismos jurídicos consagrados legalmente han venido actuando a favor de dicha tendencia: la presunción de laboralidad y la minusvaloración de la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el contrato (una jurisprudencia reiteradísima viene, en efecto, sosteniendo que el nombre que las partes dan al contrato no es vinculante a los efectos de determinar su verdadera naturaleza jurídica).

En la actualidad, sin embargo, se observa que ambos mecanismos reducen su potencia:

- La presunción del artículo 8º.1 del ET es más que otra cosa una definición del contrato de trabajo, que repite la contenida en el artículo 1º.1 del ET: el contrato de trabajo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel". Como contraste, la fórmula contenida en la Ley del Contrato de Trabajo (en adelante, la CT) de 1944 (artículo 3º) sí contenía una verdadera presunción: "El contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da el trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta".
- Recientemente, la jurisprudencia concede más relevancia a la voluntad de las partes, atenuando la precedente sospecha de fraude ante prestaciones de servicios no configuradas formalmente como objeto de contratación laboral.

Atendiendo a categorías concretas de prestadores de servicios, se observa en nuestros días un doble fenómeno, contrapuesto, de reducción y expansión del ámbito personal del Derecho del trabajo; a ese doble fenómeno se refiere el resto de nuestra exposición.

2. TENDENCIAS A LA REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

La tendencia reductora del ámbito personal del Derecho del trabajo presenta en nuestros días varios casos emblemáticos:

a. Los consejeros o administradores de sociedades mercantiles no meramente "consultivos", sino "ejecutivos", que al tiempo realizan funciones de cargos de alta dirección de la empresa (relación esta especial de trabajo): la jurisprudencia de los años noventa inició la doctrina reductiva según la cual no cabe apreciar la coexistencia de dos relaciones (una laboral especial y otra mercantil orgánica) sino que la posición mercantil absorbe a la laboral, de donde se sigue la inaplicación del Derecho del trabajo (por todas, vide la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, la STS–, Cuarta Sala, del 20 de noviembre de 2002 y STSJ de Galicia del 12 de febrero de 2003). Esta tendencia, sin embargo, parece cambiar con la STS, Cuarta Sala, del 26 de febrero de 2003, que admite la compatibilidad del vínculo laboral y el mercantil (en igual sentido, la STSJ de Asturias del 23 de diciembre de 2004, matizando que dicha compatibilidad procederá cuando el Administrador no ejerza el control del capital social).

b. Los agentes mercantiles: la Ley 12/1992 segregó del Derecho del trabajo al contrato de agencia mercantil, ciertamente difícil de diferenciar del contrato de trabajo especial de mediadores en operaciones mercantiles. En efecto, en ambos se trabaja por cuenta ajena; y en cuanto a la nota de dependencia, el mediador laboral depende de su empresario, pero el agente mercantil recibe también instrucciones del principal. Cuestionada la diferencia entre una y otra relación, parece que esta reside en la ausencia (laboralidad) o presencia (mercantilidad) de la titularidad de una organización empresarial por el prestador del servicio (STS, Cuarta Sala, del 2 de julio de 1996). Y aún resultará dudoso el criterio diferencial cuando la entidad de tal organización sea mínima.

c. Los transportistas titulares del vehículo que utilizan: la Ley 11/1994 introdujo el actual artículo 1º.3.g del ET, en su conocida línea "flexibilizadora", procediendo a excluir del ámbito del Estatuto a los citados transportistas. El viejo problema de si quien es titular de los medios de producción puede ser trabajador dependiente venía resolviéndose de modo tradicional negativamente; hubo que esperar a la STS,

Cuarta Sala, del 26 de febrero de 1986, para que los mensajeros, repartidores, etc., auxiliados en su actividad laboral con pequeños vehículos (motocicletas) de su propiedad se reputaran trabajadores dependientes y no autónomos. El problema de la naturaleza jurídica del vínculo subsistía, sin embargo, respecto de los titulares de grandes vehículos (camiones) de su propiedad. ¿Era esta una relación laboral cuando el transportista titular de un camión de gran tonelaje se ponía a disposición de un cargador o comercializador de modo exclusivo? La profunda reforma del ET de 1994 zanjó la cuestión en contra de la laboralidad del vínculo de los transportistas con "tarjeta de transporte" (exigida para los camiones de más de dos toneladas métricas, de acuerdo con la Ley 16/1987, Ley de Ordenación del Transporte Terrestre). La norma legal opera aquí descartando cualquier presunción de laboralidad; el artículo 1.3°.g del ET (cuya constitucionalidad ha proclamado reiteradamente el Tribunal Constitucional) lleva a cabo una auténtica exclusión constitutiva, contrariamente a la apariencia declarativa del precepto.

d. Caso especial es el del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud; si el personal de las instituciones sanitarias de la seguridad social, cuya relación jurídico-pública se regía por estatutos especiales, quedaba incluido en el ámbito de competencia sustantiva del orden social de la jurisdicción (artículo 45°.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en aldelante, la LGSS) de 1974, parcialmente derogada por la Ley 30/1984, Ley de Reforma de la Función Pública), tras la promulgación de la Ley 55/2003, aprobatoria del Estatuto-marco del personal estatutario de los servicios de salud, el conocimiento de los litigios de dicho personal es de la competencia del orden contencioso administrativo, como han corroborado sucesivamente el auto de la sala de conflictos de competencia de Tribunal Supremo del 20 de junio de 2005 y la STS, Cuarta Sala, del 16 de diciembre de 2005.

3. TENDENCIAS A LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las aludidas tendencias reductivas coexisten con otras expansivas, más recientes, con tres polos principales: a) integración de nuevas categorías de trabajadores ("teletrabajadores", abogados que prestan servicios en despachos, investigadores en formación); b) esfuerzos por integrar en el

Derecho del trabajo ciertas categorías de trabajadores autónomos, y c) esfuerzos por integrar en el Derecho del trabajo ciertas relaciones que han tenido o tienen problemas de validez (inmigrantes sin autorización para trabajar en España, personas que realizan actividades con "causa torpe").

a. Teletrabajadores: se ha producido la integración lógica y obligada en el marco del Derecho del trabajo de los por cuenta ajena y dependientes (conectados con su terminal al ordenador central de la empresa –on line–, de tal modo que el ordenador lejos de ser un elemento distanciador pasa a ser instrumento de control empresarial). La integración de este moderno tipo de trabajadores en el Derecho del trabajo no ha obedecido a una norma legal sino, simplemente, a la subsunción de esta nueva categoría de trabajadores en el tipo legal del artículo 1º.1 del ET (en este sentido, STS, Cuarta Sala, del 22 de abril de 1996; y STSJ de Madrid del 30 de septiembre de 1999).

b. Abogados que prestan servicios en despachos: su integración en el Derecho del trabajo –lógica, al realizar tales profesionales una prestación por cuenta ajena y dependiente incluida con toda propiedad en el artículo 1º.1 del ET– se ha producido muy recientemente, a través de la Ley 22/2005, del 18 de noviembre. Por esta ley, según reza su largo título oficial, "se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea". Como se ve, tal objetivo no tiene nada que ver con la actividad de los abogados, y sin embargo, los inescrutables designios del legislador le han llevado a incluir en tan especializada norma una sorprendente disposición adicional primera que procede a crear la "relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos". En efecto, dicha disposición, cuyo primer efecto fue paralizar la serie de actuaciones de la inspección de trabajo que se proponían sancionar numerosas situaciones reputadas irregulares, considera como relación especial de trabajo la de los "abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo"; es decir, abogados cuyo trabajo reviste los requisitos previstos en el artículo 1º.1 del ET para que una actividad

laboral se integre en el ámbito del propio estatuto. La ley estima que no obsta al carácter dependiente (y por tanto laboral) de esta relación "la libertad e independencia que para el ejercicio de dicha actividad profesional reconocen las leyes o las normas éticas o deontológicas que resulten de aplicación"; ciertamente, el abogado al servicio de un despacho tiene una dependencia en cuanto a lugar, tiempo y asuntos a resolver, que le vendrán fijados por el titular del despacho, de manera análoga a lo que ocurre con los abogados integrados en los servicios jurídicos de las empresas mediante contratos de trabajo ordinarios, sobre cuya laboralidad no han existido ni existen dudas; por otra parte, la libertad y la independencia técnicas a las que se refiere la ley no podrán llegar a ser tan plenas en el caso del abogado al servicio de un despacho como en el del abogado por cuenta propia, titular de su despacho. La citada relación especial se encuentra pendiente de regulación; para llevar a cabo esta, la ley concede al Gobierno un plazo de doce meses. Sin embargo, y sin esperar a que se produzca tal regulación reglamentaria, la ley ordenó que los referidos abogados fueran dados de alta en el régimen general de la seguridad social el día 1 de febrero de 2006 (obviamente, cuando aún no lo estuvieran; consciente de que algunos abogados al servicio de despachos ya se encontraban de alta en dicho régimen, la ley considera "válidas a todos los efectos las cotizaciones que se hubieran realizado a la seguridad social por los referidos abogados con anterioridad"). La inclusión de los abogados de referencia en el régimen general se reguló detalladamente en unas Instrucciones impartidas por Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social del 21 de noviembre de 2005; una norma que levantó protestas en los medios afectados y que no tardó en ser modificada por otra resolución del mismo centro directivo del 30 de diciembre de 2005, después de que la Septuagésima Disposición Adicional de la Ley 30/2005, del 29 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, estableciera que los referidos abogados se regirán en materia de seguridad social por la Décimoquinta Disposición Adicional de la Ley 30/1995, del 8 de noviembre, Ley de supervisión y ordenación de los seguros privados. Pero baste con estos apuntes sobre aseguramiento social de los abogados al servicio de despachos, cuyo desarrollo nos alejaría indebidamente del tema que nos ocupa.

c. Personal investigador en formación: el reciente RD 63/2006, del 27 de enero de 2006, ha procedido a laboralizar la relación de ciertos

becarios de investigación, que en un determinado momento de su formación pasan a ser titulares de un contrato de trabajo con la institución a la que estén adscritos. En efecto, mientras que la situación del personal investigador en formación durante los dos primeros años de esta será la de becario, en los dos años siguientes y una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, será la de sujeto de un contrato de trabajo con la referida institución.

d. Trabajadores autónomos: tradicionalmente han permanecido excluidos del contrato de trabajo y del Derecho del trabajo (por la falta de dependencia y ajenidad en que se desenvuelve su prestación). En consecuencia, la LCT de 1944 no se ocupaba de ellos. La Ley de Relaciones Laborales (en adelante, la LRL) de 1976 y el ET sí lo hacen. En efecto, la Primera Disposición Final del ET, rubricada como "Trabajo por cuenta propia", repite literalmente la fórmula del artículo 1º de la LRL: "El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos en que se disponga expresamente". La construcción de la norma es muy sencilla: la regla general es la de que el trabajo autónomo está excluido, no ya del ET sino de la legislación laboral en su conjunto; ahora bien, queda abierto un portillo que permite que esta legislación regule, no el trabajo autónomo en su integridad, pero sí algún o algunos de sus aspectos.

   Aparte de su inclusión en un régimen especial de la seguridad social, existen, en el ámbito estricto del Derecho del trabajo, dos muestras de regulación del estatuto jurídico de los trabajadores autónomos:

   d.1. La Ley 31/1995, Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, la LPRL): aunque incluye básicamente en su ámbito de aplicación tanto a los trabajadores dependientes (lo que explica que la ley erija en principal obligado y responsable de los deberes preventivos al empresario) como al personal con vínculo administrativo o estatutario, no deja de reconocer la posibilidad de "derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos".

   Específicamente, la LPRL incluye a los trabajadores autónomos en el marco de los deberes y derechos en materia de "coordinación de actividades empresariales". El supuesto es el de dos o más empresas (y/o trabajadores autónomos) cuya actividad

productiva concurra en un mismo centro de trabajo. Las preceptivas medidas de coordinación e información sobre riesgos laborales afectan también a los trabajadores autónomos (artículo 24º.5 de la LPRL), en el doble sentido de sujetos activos y pasivos de esas medidas.

El RD 171/2004, dictado en desarrollo del artículo 24º.5 de la LPRL, dispone por su parte que los trabajadores autónomos tienen el deber de cooperar con las empresas (y con otros posibles autónomos) concurrentes en el centro de trabajo, "existan o no relaciones jurídicas entre ellos" (artículo 4º.1).

d.2. La Ley Orgánica 11/1985, Ley de Libertad Sindical (LOLS): su artículo 3º.1 reconoce a los trabajadores autónomos que no sean al tiempo empleadores de otros trabajadores (estos últimos sí dependientes) el derecho a afiliarse a organizaciones sindicales de carácter general, es decir, no dedicadas a asociar solo a trabajadores autónomos.

La LOLS no permite, en consecuencia, a los trabajadores autónomos la fundación de sindicatos propios para la defensa específica y exclusiva de sus intereses, ni siquiera en el supuesto de que tales sindicatos se integraran dentro de una confederación "general" (UGT, CCOO, etc.). Lo que sí pueden fundar los trabajadores autónomos es asociaciones extrasindicales para la defensa exclusiva de sus intereses, basándose en el artículo 22º de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/2002, Ley sobre Derecho de Asociación.

Existen recientes proposiciones parlamentarias y propuestas doctrinales/sindicales a favor de la laboralización del llamado, con cierta contradicción, "trabajador autónomo dependiente económicamente". Hay a nuestro juicio dificultades para aplicar a los autónomos la normativa laboral, salvo que se acuñe un concepto de dependencia económica tan próximo a la laboral que prácticamente coincida y se confunda con esta. Aquí vendría bien recordar cómo la doctrina alemana se ha venido preguntando hasta qué punto ciertas relaciones que se intenta asimilar a las laborales –las referidas a las *arbeitsnehmerähnliche Personen* o cuasitrabajadores– no se refieren en muchos casos a verdaderos trabajadores dependientes y por cuenta ajena, tal y como ocurre en otros ordenamientos (en el nuestro, sin ir más lejos). Parece que el empeño de crear esa difusa categoría de autónomos

dependientes (económicamente) corre el riesgo de desembocar en una redundancia, ya que no es fácil encontrar un trabajador económicamente dependiente que a la postre no lo sea también jurídicamente, con lo que estaría ya incorporado, sin necesidad de más malabarismos argumentales, en el ámbito del Derecho del trabajo. Por otra parte, sorprende que la que probablemente es la más nítida expresión de esa dependencia económica –la relación del transportista con vehículo propio con un cargador o comercializador– haya sido expresamente excluida del ámbito del ET, como ya vimos, por el artículo 1º.3.g de este (reformado por Ley 11/1994).

e. Relaciones de trabajo irregulares:

e.1. Trabajadores inmigrantes (extracomunitarios) sin autorización de trabajo: la interpretación dominante durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio de 1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España –y de sus precedentes, los Decretos 1870/1968 y 522/1974–, fue la lógica de que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero faltando la autorización administrativa de trabajo era nulo. Tal consecuencia jurídica se fundamentaba con variedad de razones aportadas por la doctrina académica y jurisprudencial: unas veces se aludía a la falta o insuficiencia de capacidad del contratante; otras a la existencia de objeto y/o causa ilícitos; otras, en fin, a la contravención por el contrato de una norma imperativa (artículo 6º.3 del Código Civil). La nulidad del contrato, ciertamente, se atemperaba gracias a la previsión del artículo 9º.2 del ET [con antecedentes en las LCT de 1931 (artículo 48º) y 1944 (artículo 55º)]. Como es sabido, según dicho precepto, en caso de nulidad del contrato de trabajo el trabajador puede exigir el salario correspondiente al trabajo realizado.

La Ley Orgánica 4/2000, del 11 enero, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, introdujo (artículo 36º.3) lo que el maestro Alonso Olea llamó una "norma revolucionaria"; a saber, la regla según la cual la relación laboral de un inmigrante sin permiso no es un contrato de trabajo nulo sino un contrato capaz de desplegar sus efectos a favor del trabajador; construcción que va, obviamente, más allá del artículo 9º.2 del ET, que se limita a reconocer puros efectos salariales a una relación que se reconoce nula, sin llegar a proclamar otras valideces.

En efecto, el artículo 36º.3 de la Ley Orgánica 4/2000, después de disponer que el permiso de trabajo es requisito para la contratación laboral de los extranjeros, de modo inmediato declara que la carencia de tal permiso "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero" (y por tanto, y necesariamente, respecto de las obligaciones del empresario). Sin embargo, parece que la ley no quiere validar los derechos del empresario –y correlativas obligaciones del trabajador–, sin duda con propósito sancionador frente a la parte más fuerte del contrato falto de un requisito legal; se estaría aquí ante lo que bien pudiera llamarse una *validez asimétrica* del contrato: validez en lo que beneficia al trabajador y obliga al empresario, pero no a la inversa.

Pese a contrariar una norma imperativa (la que impone el permiso), el contrato de trabajo es válido en lo que beneficia al trabajador; y lo es con fundamento legal independiente del derivado de la propia Ley 4/2000: el que aporta el artículo 6º.3 del Código Civil cuando dispone que "los actos contrarios a las normas imperativas [...] son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Y no hay duda de que el artículo 36º.3 de la citada ley establece para la relación del inmigrante sin permiso de trabajo una consecuencia distinta de la nulidad: la validez del contrato en lo que se refiere a los derechos laborales de él derivados. El mantenimiento de estas consecuencias contractuales no impide, por lo demás, la posible exigencia de otras responsabilidades al empresario (sancionadoras: administrativas o penales); más problemática es la identificación de las responsabilidades "en materia de seguridad social" a las que se refiere el artículo 36º.3 de la Ley Orgánica 4/2000, redactado por la Ley Orgánica 14/2003.

El inmigrante irregular es, pues, titular de todos los derechos laborales contractuales (y no solo del derecho a la retribución devengada como ocurre bajo la regla del 9º.2 del ET), incluidos, consiguientemente, los derivados del despido no procedente. La situación se separa de la derivada de la legislación anterior, en la que, siendo nulo el contrato, su extinción no podía constituir técnicamente un despido (así, la STS del 21 de marzo de 1997). Admitido hoy que la extinción por voluntad

del empresario del contrato del inmigrante irregular constituye despido, se plantea, sin embargo, un problema cuando ese despido sea declarado por el juez improcedente o nulo: ¿cabe en el primer caso permitir al empresario la opción a favor de la readmisión del inmigrante carente de permiso o condenarle a tal readmisión si no ejerciera la opción?; y en el supuesto de despido declarado nulo, ¿se seguirá de esta declaración la obligada readmisión del despedido? Aunque no falta doctrina judicial afirmativa, la solución correcta, también apoyada por los tribunales, nos parece la negativa; es decir, del despido no procedente de un inmigrante en situación irregular no podrá derivarse en ningún caso su readmisión. En efecto, lo contrario significaría obligar al empresario a llevar a cabo un comportamiento ilegal (readmitir a quien carece de autorización administrativa para celebrar un contrato de trabajo), a no ser que se piense que la sentencia condenando a la readmisión del inmigrante sin permiso de trabajo implica la concesión de una especie de autorización judicial sustitutiva de la administrativa. Pero tal interpretación no es jurídicamente admisible, ya que entre las funciones de los jueces de lo social no entra la de sustituir a la administración concediendo tales permisos.

e.2. Contratos con "causa torpe": El Código Civil muestra su reiterada oposición a los contratos de carácter ilícito; así, el artículo 1255º prohíbe los pactos contrarios a la moral, el artículo 1271º que los contratos que tengan por objeto servicios contrarios a las buenas costumbres y el 1275º que los contratos con causa ilícita (los que se oponen "a las leyes o a la moral"). Concordante con estas normas, la doctrina laboral tradicional ha venido manifestando su inclinación hacia la nulidad del contrato de trabajo con objeto o causa inmoral, a veces con extremado rigor moralizante. Así, la ya antigua Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) del 30 de mayo de 1962, declaró nulo, por ilicitud de la causa, el contrato celebrado por un camarero para prestar servicios en un *meublé* dedicado a la cohabitación de parejas.

Sin embargo, la permisividad de costumbres iniciada hace aproximadamente un tercio de siglo ha llevado a un cambio drástico de criterio. De este modo se ha pasado a entender que no hay causa ilícita en la relación laboral de las llamadas "señoritas de

alterne" (entendiendo por tales, como recuerdan los tribunales, aquellas que en salas de fiestas, bares o clubes de *topless* animan el baile incitando a consumir bebidas a los clientes). Muestra de esa tendencia permisiva es la STS, Cuarta Sala, del 3 de marzo de 1981, a cuyo juicio, para que el objeto de la relación de las citadas señoritas de alterne fuese ilícito se requeriría que, "más allá de un servicio no precisamente edificante", se dieran un "escándalo" y "grave inmoralidad" que a su entender no se apreciaban en el caso enjuiciado.

En adelante, la licitud de la relación de estas señoritas pasa a ser tan obvia para la doctrina jurisprudencial y judicial que los tribunales se limitan, para determinar la naturaleza laboral o no de la relación, a examinar si se da en ella la concurrencia de notas que el ET exige para que haya contrato de trabajo, obviando por completo cualquier reflexión sobre la moralidad o inmoralidad de la actividad prestada (STS de fechas 25 de febrero de 1984, 14 de mayo de 1985, 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, y la STCT del 16 de junio de 1986, entre otras).

Esta permisividad actual coincide, por cierto, con la admisión de asociaciones que agrupan a empresarios de los llamados "establecimientos de alterne". Así, la STS, Cuarta Sala, del 27 de noviembre de 2004, conoció de la denegación de la inscripción en el registro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de una asociación empresarial denominada "Mesalina", el artículo 3º de cuyos estatutos definía el objeto de la asociación como de "tenencia o gestión[...]de establecimientos públicos hoteleros destinados a [...] terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia". La sentencia entendió que el objeto de los citados establecimientos no era la explotación de la prostitución, y que, consiguientemente, la asociación tenía una finalidad laboral lícita, al encuadrar a empresarios que mantenían contratos de trabajo con empleados varios: camareros, limpiadoras y, en su caso, señoritas de alterne "cuando la actividad sea laboral, de acuerdo con nuestra jurisprudencia".

Creemos de interés, en este contexto, recordar que la jurisprudencia penal utiliza un criterio distinto al social para otorgar

protección a personas en situación vulnerable. En efecto, para aplicar el tipo del delito contra los derechos de los trabajadores (Título XV del Código Penal), dicha jurisprudencia, prescinde de partir de un concepto técnico-jurídico de "trabajador", como sujeto de un contrato de trabajo válido, lo que hubiera reducido enormemente la aplicación de los correspondientes preceptos penales y hubiera obligado a difíciles equilibrios interpretativos sobre el citado concepto. Por el contrario, la referida jurisprudencia procede, más sencilla y realistamente, a adoptar un concepto fáctico, atécnico, no jurídico-laboral, de trabajador. En tal sentido, ante numerosos casos de alterne e incluso de clara prostitución de inmigrantes sin permiso de trabajo y residencia, y frente a la habitual alegación por parte de los reclutadores o empresarios imputados de que no son "trabajadoras" en sentido jurídico-laboral las denunciantes, la Segunda Sala del Tribunal Supremo viene declarando que el tipo penal protege a toda trabajadora de hecho, sea legal o no su situación, haya o no voluntariedad en su prestación, y con independencia de que esta consista en mero alterne o en prostitución (sentencias del 12 de abril de 1991, 30 de enero de 2002 y 30 de mayo de 2003, entre otras).

Otra STS, esta vez de la Segunda Sala, del 8 de marzo de 2004, se hace cargo de ambas situaciones –alterne y prostitución; quizá no tan distintas en la realidad–, si bien matiza, ante un caso de inmigrantes búlgaras sin permiso, reclutadas y desplazadas a España para ejercer voluntariamente el alterne y la prostitución, que hay que deslindar estas dos actividades: una de prostitución y otra de alterne, esta voluntaria y constitutiva de una "prestación de servicios de naturaleza laboral", en la que el Tribunal no ve causa ilícita alguna.

Se advierte, pues, una similitud de fines de política del Derecho en las referidas doctrinas de la Segunda y Cuarta Sala. Lo que esas doctrinas nos vienen a decir en el ámbito laboral es que aplicando la sanción de nulidad o apreciando incluso la inexistencia de las aludidas relaciones jurídicas, se produciría una injusta desprotección del "trabajador", con el consiguiente beneficio para el "patrono", que quedaría exento de obligaciones y responsabilidades laborales. Por lo que se refiere al ámbito penal, si se aplicara en estos casos la noción estricta (la noción

jurídico-laboral del artículo 1º.1 del ET) de trabajador, se produciría la despenalización de conductas que merecen indiscutible reproche social, lo que llevaría a "una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de las desigualdades sociales, ya que el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminadoras sin riesgo alguno de infracción legal" (sentencias del Tribunal Supremo, Segunda Sala, del 30 de junio de 2000 y 8 de marzo de 2004).

Obsérvese que, en el fondo no es muy distinta la concepción que inspira al artículo 9º.2 del ET, con viejos antecedentes, cuya finalidad no es otra que la de tutelar los derechos contractuales del trabajador que celebra un contrato nulo y evitar el enriquecimiento injusto y la irresponsabilidad del empresario infractor. Y también es esa la idea que inspira a la Ley Orgánica 4/2000 y sus sucesivas modificaciones, Ley que no por casualidad se denomina de "derechos y libertades de los extranjeros en España *y su integración social*".

4. COMO CONCLUSIÓN

La reciente evolución del ámbito personal del Derecho del trabajo confirma, por lo pronto, el hecho sabido de que las fronteras de este sector del ordenamiento jurídico no son definitivas e inamovibles. Por el contrario, se observan actualmente claras muestras de movilidad en dicho ámbito; movilidad que tiene dos signos contrapuestos, en cuanto que obedece a dos causas también opuestas: en unos casos, la reducción de ese ámbito atiende sobre todo a intereses empresariales, deslaboralizando relaciones que, en consecuencia, pasan a perder la cobertura protectora de la legislación social, y en otros, la ampliación del citado ámbito atiende, especialmente, a los intereses de los prestadores de servicios a los que extiende su protección el Derecho del trabajo.

Desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, estas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, las reducciones producidas, todas ellas a favor del Derecho mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera entre este

sector del Derecho y el del trabajo; a veces problemas de identificación dogmática de la relación jurídica.

En ocasiones esa ampliación es consecuencia lógica de la naturaleza jurídica de la relación incorporada (caso de los "teletrabajadores" o de los abogados al servicio de despachos), mientras que en otras prevalecen, más que criterios técnico-jurídicos, propósitos de política social; finalidades, pues, más que de aplicación rigurosa de la ley, de inserción o integración social de personas situadas en posiciones socioeconómicas (y jurídicas) débiles o vulnerables (inmigrantes sin autorización, personas que realizan actividades con causa torpe).

Ahora bien, cabe preguntarse si la protección de estas personas no podría llevarse a cabo sin necesidad de violentar los principios del derecho de obligaciones y contratos, esto es, sin necesidad de introducir forzadamente a esas personas en el marco del contrato de trabajo y del Derecho del trabajo. Para ello se les otorgaría no una protección contractual sino indemnizatoria/asistencial en cuanto "trabajadores" de hecho, en una línea parecida a la que viene siguiendo la jurisprudencia penal citada. Así, el legislador y los jueces se verían liberados de la penosa tarea de apuntalar la validez de contratos que adolecen de evidentes vicios o de propugnar la contractualidad de meras relaciones de hecho, dispensando la protección correspondiente a sus destinatarios, no en cuanto "trabajadores" en sentido técnico-jurídico (que no lo son) sino en cuanto excluidos sociales precisados de apoyos integradores, y ante cuyas necesidades el Estado social no puede permanecer indiferente. La otra opción –la de ampliar ilimitadamente el ámbito del Derecho del Trabajo incluyendo en él como contratos laborales relaciones contrarias a la ley y/o a la moral– desembocaría en una peligrosa igualación de estatus, en la que al final perderían su sentido las nociones de legalidad e ilegalidad, licitud e ilicitud, prohibición y autorización.

Al argumento de que la aproximación de los efectos contractuales de las situaciones irregulares a los de las regulares obraría a favor de la posición acreedora de los "trabajadores" agravando la posición deudora de los empresarios a los que disuadiría de entablar aquellas situaciones, puede oponerse este otro: los servicios irregulares prestados podrían compensarse por vía indemnizatoria (no retributiva ni contractual) con cargo al empresario infractor, y en su defecto por vía asistencial pública; el empresario soportaría además las responsabilidades penales o administrativas en razón de los delitos, faltas o infracciones que pudiera haber cometido al entablar la relación al margen de la ley.

LA DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO EN EL CONTRATO LABORAL
(los casos de la determinación geográfica y funcional)

Elmer G. Arce Ortiz

SUMARIO: 1. La prestación de servicios como objeto del contrato laboral. 2. La problemática del objeto cierto en el contrato de trabajo. 3. El acto de determinación de la prestación de trabajo: entre la autonomía de las partes y el marco normativo laboral. 4. Determinación de la prestación de trabajo en la ley peruana: el lugar. 5. Determinación de las funciones en la ley peruana.

1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO OBJETO DEL CONTRATO LABORAL

Desde hace varios años, en nuestro país se ha señalado que no toda prestación de servicios puede ser materia o contenido del contrato de trabajo[1]. La prestación de servicios que importa a efectos de determinar el

(1) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003, p. 15.

objeto de un contrato laboral es: a) humana, b) productiva, c) por cuenta ajena, d) libre y e) subordinada[2]. Es decir, toda aquella prestación de servicios que no cumpla con estos requisitos específicamente trazados por el Derecho del trabajo, debe entenderse excluida de la regulación de un contrato laboral.

En esta línea, el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) considera que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo". Obsérvese, la prestación de servicios ha de ser remunerada (debe existir una intención por parte del trabajador de obtener un fin económico con su trabajo –trabajo productivo–) y ha de ser subordinada (subordinación) al poder de otro (por cuenta ajena). La exigencia de libertad en toda prestación de servicios, aun cuando no lo diga expresamente el artículo 4° de la LPCL, es evidentemente un presupuesto constitucional residenciado en la libertad de trabajo (artículo 2°.15 Constitución).

Los elementos del artículo 4° de la LPCL reducen el ámbito de protección del Derecho del trabajo a un determinado número de prestaciones personales de servicios. El Derecho del trabajo no abarca el universo total de prestaciones personales de servicios, sino solo las subordinadas y remuneradas.

Obviamente, la delimitación que impone el Derecho del trabajo al objeto de todo contrato no será un requisito de validez del acto jurídico. Y aquí se marca una diferencia trascendental con los llamados elementos esenciales del acto jurídico (consentimiento, objeto cierto y causa del contrato). La prestación de servicios puede mantener su condición de "objeto cierto", a pesar de no cumplir con los requisitos que manda el artículo 4° de la LPCL, por lo que no podría declararse la nulidad del contrato. Seguramente, estaremos frente a un contrato mercantil o de naturaleza civil, pero no frente a un contrato laboral. Por ejemplo, si una persona contrata a un sastre para que le confeccione un vestido y el sastre cumple su prestación con plena autonomía (sin entrar al círculo de organización y dirección del empresario), esta prestación de servicios no podrá ser objeto de un contrato de trabajo por faltar la subordinación, sin embargo será objeto válido de un contrato de naturaleza civil (contrato de obra).

(2) Ibídem, pp. 17-29.

2. LA PROBLEMÁTICA DEL OBJETO CIERTO EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Todo acto jurídico, incluido todo contrato, y por ende el de trabajo, condiciona su validez a ciertos requisitos legales. Dicho de otra forma, el contrato de trabajo solo vale cuando reúne los requisitos prescritos por la ley. Ahora bien, como quiera que la legislación laboral peruana no regula los requisitos de validez del contrato de trabajo, por fuerza debemos remitirnos a la regulación civil del acto jurídico en general. Concretamente, a los artículos 140° y 219° del Código Civil peruano.

El artículo 140° señala que el acto jurídico para ser válido requiere, entre otros requisitos: 1) agente capaz, 2) objeto física y jurídicamente posible y 3) fin lícito. Mientras el artículo 219° señala que el acto jurídico es nulo, entre otras razones: 1) cuando falta la manifestación de la voluntad del agente, 2) cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358° del mismo Código Civil, 3) cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable y 4) cuando su fin sea ilícito. Como se puede apreciar, para el Código Civil peruano no puede haber contrato de trabajo sin cumplir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto y fin lícito.

Obviamente, si fuera este el lugar para analizar los elementos de validez del contrato de trabajo, entonces habría que analizar los presupuestos que configuran el consentimiento de los contratantes (capacidad de los sujetos, declaración de voluntad sin vicio alguno que la invalide, exteriorización de la voluntad, etc.), el objeto cierto (posibilidad y determinación del mismo) y la licitud de la causa o finalidad del acuerdo. Sin embargo, la pretensión de este trabajo no es esta. Nos interesan los requisitos de validez del contrato en cuanto funcionen como elementos de validez de la prestación de servicios. Me explico, nos interesan estos requisitos en cuanto funcionen como requisitos para determinar la presencia de una prestación de servicios admisible en el tráfico contractual laboral. De tal manera, que si la prestación de servicios no los cumple, entonces no existirá un contrato válido.

Vayamos a un ejemplo gráfico de lo que se dice, empezando por el primer requisito de validez del acto jurídico: el consentimiento de las partes. Un sujeto A se obliga con un sujeto B a prestarle un servicio remunerado y subordinado. Imaginemos que el sujeto A es incapaz absoluto, por lo que su consentimiento es inválido. O que el sujeto A fue obligado

violentamente a firmar el contrato. En estos dos casos, se aprecia que el consentimiento de los contratantes puede afectar a los propios sujetos del contrato, pero no incide sobre las prestaciones que estos han de cumplir. En suma, el sujeto es quien no podrá contratar sin que se evalúe ninguna característica de la prestación.

De igual manera, la causa o finalidad del contrato afecta al contrato en sí y no a las prestaciones que regula. Por causa del contrato de trabajo se ha entendido "el cambio de trabajo y salario, ordenados a la producción de bienes y servicios"(3). En la misma línea, Alonso Olea ha dicho que "la causa del contrato de trabajo está en la cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan"(4). De tal modo, que cuando se firma un contrato de trabajo sin que el supuesto trabajador preste servicio alguno al empleador no hay causa (simulación absoluta). Al no crear frutos no hay causa y, por ende, debe declararse nulo. O cuando se contrata a una persona para que pesque en época de veda declarada por ley. Aquí, el contrato de trabajo sería ilícito en cuanto a su finalidad, por lo que aquel debe declararse también nulo. Nótese, la ilicitud no afecta a la actividad pesquera en sí, porque, en principio, pescar no está prohibido, lo que está prohibido es crear frutos mediante la pesca durante el lapso de tiempo que dure la veda. En consecuencia, la inexistencia o ilicitud de la causa del contrato de trabajo atiende a un vicio del propio contrato, sin que entremos a analizar aspectos relacionados a la prestación de servicios propiamente dicha.

En último lugar, resta analizar los efectos del objeto cierto sobre la prestación de servicios. Cuando hablamos de objeto del contrato nos referimos a la materia o contenido que regula este(5). Es decir, la materia son los intereses de las partes contratantes(6). De este modo, como ya se dijo, el objeto del contrato de trabajo está constituido por las dos prestaciones:

(3) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 23ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 304.

(4) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid, Madrid, 1987, p. 41.

(5) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, p. 193.

(6) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 68.

la de trabajar y la salarial. Ahora bien, si es necesario un objeto cierto para la validez del contrato de trabajo(7), habrá que analizar ¿qué es un objeto cierto para la ley peruana? Según el artículo 219° del Código Civil, el objeto debe ser física y jurídicamente posible, además de determinado. No obstante, a estos dos requisitos hay que agregar el de la licitud (artículo V del Título Preliminar del Código Civil). En concreto, y siguiendo la doctrina común del acto jurídico, la prestación de servicios que el trabajador compromete en el contrato de trabajo debe ser: a) física y jurídicamente posible, b) lícito y c) determinado.

Como se ve, son los requisitos del objeto cierto los que perfilan la validez jurídica de la prestación de servicios comprometida en un contrato. A diferencia del consentimiento de los contratantes y de la causa, el objeto del contrato funciona como un elemento delimitador de la prestación de servicios en el tráfico contractual laboral. Veamos, a continuación, los requisitos del objeto en su relación con la prestación de servicios.

a. Prestación física y jurídicamente posible

Según este requisito no podrán ser objeto del contrato de trabajo los servicios imposibles. Por ejemplo, no se puede contratar a una persona para que baje la luna. La imposibilidad debe existir al momento de suscribir el contrato, no puede comprenderse con la imposibilidad sobrevenida.

La imposibilidad física tiene que ver con la naturaleza de la prestación. Así, nadie se puede comprometer a contar los granos de arena de todo Lima. Mientras, la imposibilidad jurídica tiene que ver con el cumplimiento de los elementos legales de la prestación de servicios en el ámbito laboral. Así, una prestación de servicios no subordinada no podrá ser objeto de un contrato de trabajo.

b. Prestación de servicios lícita

Es nulo el contrato de trabajo que regule prestaciones ilícitas. Esto es, contrarias a la moral social o a la ley. Nótese, que no nos referimos a

(7) GARCÍA VALVERDE, María, "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial", en *Documentación Laboral*, N° 45, Madrid, 1995, p. 110.

finalidad del contrato, como ocurre en la causa, sino simplemente a la ilicitud de la prestación de servicios en sí misma[8].

De lo anterior, se deduce que está prohibido ofrecer servicios que la moral social rechaza. Sería el caso de una persona que se compromete a trabajar en un local para el consumo libre de drogas. Asimismo, está prohibido ofrecer servicios que a su vez están prohibidos por las leyes. La prohibición se dirige directamente a la prestación de servicios. Por ejemplo, las prohibiciones que operan en el trabajo de menores en razón de su edad.

Hay que tener presente que una actividad empresarial ilícita por no tener autorización administrativa, cuando así lo requiere, no tiene necesariamente que acarrear la nulidad del contrato de trabajo siempre que exista buena fe por parte del trabajador. Ejemplo de ello: es cierto que para implementar un colegio se necesitan autorizaciones de la administración pública. Imaginemos que un colegio X no tiene autorización, ¿deberían declararse ilícitas las prestaciones de servicios de los profesores? Me imagino que solo podrán declararse ilícitos los servicios de los profesores, si se llegara a acreditar la mala fe de estos. Por lo demás, la ilicitud recae sobre la actividad empresarial y no sobre la prestación del servicio en estricto. Creo que si el trabajador tuvo buena fe la prestación es lícita y el contrato de trabajo también, producto de ello lo que corresponde es la resolución del vínculo contractual por una causa imputable al empresario.

c. Prestación de servicios determinada

Por último, el servicio comprometido por el trabajador debe estar determinado por las partes contractuales. El objeto cierto, como requisito de validez del acto jurídico, no existirá en el marco de una prestación de servicios indeterminada. Ahora bien, para que exista un contrato válidamente celebrado es necesario que se conozca ya la concreta prestación de servicios a realizar o por lo menos que pueda llegar a conocerse sin necesidad de un nuevo acuerdo de partes[9].

---

(8) Sobre el particular, vide BAYÓN CHACON, G, y PÉREZ BOTIJA, E, *Manual de Derecho del trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1972-73, p. 291.

(9) GARCÍA VALVERDE, "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial", cit., p. 118.

Así, por ejemplo, el tiempo de trabajo se podrá determinar de distintas formas. En un contrato se puede señalar que la prestación diaria es de 6 horas. Mientras en otro, se puede señalar que la prestación diaria dura lo que dure hacer cinco camisas (se sujeta a una condición).

Nótese, que a diferencia de los anteriores requisitos del objeto cierto (posibilidad y licitud del objeto), donde es la ley, la moral o la naturaleza las que imponen exclusiones o presiones a la prestación del servicio, la determinación supone que la regulación de la prestación del servicio queda en manos de las partes contratantes. Esta diferencia es trascendental en un contrato como el de trabajo, ya que ambos sujetos (trabajador y empresario) no se encuentran en un plano de igualdad negocial.

Esta es la verdadera razón, por la que el Derecho laboral otorga una atención especial a la determinación de la prestación de servicios por las partes[10].

3. EL ACTO DE DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO: ENTRE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y EL MARCO NORMATIVO LABORAL

Como es lógico, la determinación de la prestación de servicios en el ámbito laboral no se puede entender como un requisito más del acto jurídico. Si ello fuera así, estaríamos admitiendo que tanto trabajador como empleador gozan del mismo poder negocial sin ningún matiz. Que ambos pueden llegar a pactar una jornada de trabajo de 20 horas diarias como en los inicios de la Revolución Industrial inglesa.

Ahora bien, lo que debe quedar claro es que atendiendo al fuerte componente humano que tiene la prestación de trabajo, el Derecho laboral no puede abandonar completamente la determinación de este elemento a la autonomía privada. El contrato de trabajo, a diferencia de los contratos patrimoniales, regula aspectos relacionados con la personalidad del trabajador.

Es por todo esto, que el juego de la autonomía de las partes contractuales y el marco normativo laboral es el de una interrelación compleja.

---

(10) Sobre el particular, vide ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 194.

Sin embargo, se puede decir que por regla general las partes del contrato de trabajo gozan de autonomía para negociar el haz de condiciones que consideren oportuno para conseguir la finalidad económica social de dicho contrato; mientras, solo por excepción deberán respetar los límites legales.

En otras palabras, las partes gozan de autonomía para elegir las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios. Entre otras, pueden elegir las funciones a desempeñar, el lugar en que se ejecutará la prestación, el tiempo de puesta a disposición y el horario, la exclusividad, la permanencia, el periodo de prueba, cláusulas o compromisos de rendimiento, etc. Ahora bien, a pesar de esta libertad, las partes del contrato han de estar obligadas legalmente a determinar el contenido típico del contrato de trabajo para que alcance su finalidad. En palabras del profesor italiano Emilio Betti, "la determinación del contenido típico de un acto jurídico escapa a la iniciativa individual y entra en la competencia de la conciencia social y el orden jurídico"(11). Es decir, lo que no pueden faltar son ciertas condiciones esenciales que aseguran la función económico-social del contrato y que a su vez lo diferencian de cualquier otro acto jurídico.

Atendiendo a este imperativo del orden jurídico en general y, sobre todo, al principio protector que inspira el Derecho del trabajo, la legislación laboral peruana opta por identificar un núcleo básico y esencial de condiciones a determinar. Nos referimos a las condiciones de lugar, funciones y tiempo. Se supone que estas tres condiciones son necesarias para que se cumpla la función económico-social del contrato de trabajo (intercambio de trabajo por salario, con el fin de producir y ceder los frutos obtenidos). Así, es cierto que es necesario que el trabajador sepa qué labores va a desempeñar, en qué tiempo y en qué lugar, para que la prestación de servicios beneficie al empresario. Pero, además, no hay que perder de vista que la determinación de estas tres condiciones también persigue un fin de protección a la persona del trabajador y de sus intereses personales y familiares. Por ejemplo, es necesario determinar el lugar de trabajo ya que normalmente en ese lugar se establecerá el trabajador con su familia o es fundamental concretar el tiempo de labor para que el trabajador ordene su vida y goce de momentos de recreación personal y familiar.

(11) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 120.

Finalmente, admitir la indeterminación de la prestación de servicios sería como convalidar de entrada la arbitrariedad del empresario. Hoy me dicen que trabajo seis horas y mañana serán ocho. Este mes tengo que trabajar en Lima y el próximo mes trabajaré en el centro de trabajo de Puno. O, por último, me contratan como chofer y mañana me dicen que tengo que limpiar los pasillos de la empresa. Repárese, la necesidad de determinación de la prestación de servicios también servirá como escudo contra las arbitrariedades o, acaso, como reducto de la dignidad de la persona del trabajador.

En los puntos siguientes, vamos a ocuparnos de las condiciones que la legislación peruana impone a la autonomía privada en el acto de determinación de la prestación de trabajo. En este trabajo no es posible abordar todos los supuestos de determinación del objeto del contrato, por ello centraremos el presente estudio solo en la determinación del lugar y de las funciones de la prestación del trabajador.

4. DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY PERUANA: EL LUGAR

4.1. Lugar

a. Fundamento legal

Según el inciso c del artículo 30° de la LPCL, se considerará acto de hostilidad "el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio". No vamos a estudiar con detalle este precepto, pues por ahora nuestro objeto es más instrumental. Interesa, en esta línea, como imposición legal para que las partes del contrato de trabajo determinen el lugar de cumplimiento de la prestación de servicios.

Me explico, para que se pueda hablar de traslado de un trabajador, se requiere, como condición lógica, que las partes hayan escogido un lugar habitual de prestación del servicio. Y ello, puede ocurrir de dos formas. Por un lado, que dicho lugar habitual encuentre respaldo en un acuerdo expreso, como ocurre con la firma de una cláusula contractual de lugar. Por otro, que dicho lugar habitual sea tácito; es decir, el empresario lo impuso y el trabajador lo aceptó en la propia ejecución del servicio. No

obstante ello, el problema en esta segunda forma será el concepto de "lo habitual" para el juez. Si es amplio, la actuación del juez será poco eficaz; en cambio, si es más bien reducida, esta actuación tendrá mayor nivel de eficacia.

Como se ve, sea mediante el precepto contractual o sea a través del comportamiento, la determinación del lugar en que se ejecutará el servicio es una materia que interesa sobremanera al legislador.

b. Fundamento profesional y social

La determinación del lugar de trabajo, además de ser un elemento indispensable para obtener la función económico-social del contrato de trabajo, tiene una importante influencia en factores tales como las expectativas profesional del trabajador o la vida familiar y social del mismo(12).

Respecto de las primeras, es lógico que la estabilidad en un lugar mejora las posibilidades de ascenso en la empresa. No es lo mismo ser objeto de una rotación permanente por varios lugares, lo que genera desarraigo y competencia con diversos compañeros, que prestar el servicio en un lugar determinado. Además, hay que tener presente que muchas veces la organización sindical también se organiza tomando como referencia puntos geográficos fijos (v. gr. centro de trabajo), por lo que la indeterminación del lugar de ejecución de la prestación puede negar virtualmente el derecho de ejercer los derechos colectivos laborales.

Respecto de las segundas, es cierto que el trabajador organiza su vida extralaboral en función del lugar en el cual realiza su trabajo. Por esa razón, una indeterminación geográfica de la prestación de servicios influye directamente sobre aspectos familiares, educativos, ambiente cultural, formación de sus hijos, etc.

c. El marco de referencia geográfico: el puesto de trabajo, el centro de trabajo y la empresa

Ahora bien, aceptado que el principio de determinación de la condición de lugar resulta muy importante para el legislador laboral peruano,

(12) Así, lo ha puesto de manifiesto CRUZ VILLALÓN, Jesús, "La movilidad geográfica del trabajador", en *Revista de Política Social*, Nº 125, Madrid, 1980, p. 86.

queda en el aire una pregunta: ¿cuál es el marco referencial geográfico que utiliza la ley? En otras palabras, ¿el puesto de trabajo, el centro o la empresa? El problema es fundamental, puesto que de la elección de tal o cual criterio se puede incluso vaciar de contenido al requisito de la determinación de la condición de lugar.

Imaginemos que en un contrato de trabajo se utiliza la empresa como medio de determinación del lugar de prestación de servicios. Eso implica que la obligación es exigible en cualquier centro de trabajo de la unidad empresarial. Lo mismo se puede cumplir en Lima que en Cuzco. De otro lado, puede que nos vayamos al otro extremo y que el medio de determinación del lugar sea el puesto de trabajo. Lo cual también podría generar problemas en orden a crear una rigidez excesiva e irracional dentro de la empresa. Es más, no es necesario determinar el puesto de trabajo para proteger los intereses sociales y familiares del trabajador.

La omisión legislativa nos deja un gran problema que tendrá que solucionar nuestra jurisprudencia. La flexibilidad de la LPCL en este sentido es preocupante. Sin embargo, me parece que la determinación del lugar de la prestación de servicios debe identificarse con el centro de trabajo. Es el marco de referencia geográfico más razonable, puesto que no es tan restrictivo como ocurre con el puesto de trabajo y no es tan amplio como sucede con la empresa. Es el justo medio que, por un lado, tutela el interés de los trabajadores de acceder a una estabilidad locativa (interés profesional y social), y, por otro, protege el interés de los empresarios de organizar la mano de obra de acuerdo a necesidades producidas en los centros[13].

d. Los centros móviles y la naturaleza de la prestación

Por último, hay que anotar que en ciertas prestaciones de servicios será imposible llegar a una determinación unívoca del lugar de trabajo. La razón: la propia naturaleza de la prestación. Piénsese, por ejemplo, en los médicos que trabajan en carpas móviles dirigidas en función de campañas

[13] En esa tensión dialéctica de intereses es donde el operador del derecho ha de buscar un punto de equilibrio. Sin duda, la autonomía de las partes por la naturaleza específica del contrato de trabajo debe someterse a los límites razonables que hagan falta. En el mismo sentido, ALEMÁN PAEZ, Francisco, *La movilidad geográfica, problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 48 ss.

o en los trabajadores de un circo. Sin embargo, la naturaleza de la prestación no solo ha de afectar a centros de trabajo en su conjunto, por cuanto pueden afectar a trabajadores individuales. Por ejemplo, el distribuidor a nivel nacional de una fábrica de zapatillas.

Repárese, en estos casos la adscripción a un centro de trabajo determinado será meramente indicativa. Eso sí, la quiebra del principio de determinación del objeto del contrato debe interpretarse de forma excepcional, en la medida que solo es aplicable a los trabajadores cuyos puestos de trabajo tienen naturaleza itinerante. En otras palabras, si un trabajador tiene un puesto administrativo que solo coordina varios centros itinerantes o móviles, sin participar directamente en las actividades de ellos, no entraría dentro de la exclusión(14).

5. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES EN LA LEY PERUANA

a. Fundamento legal

Según el inciso b del artículo 30° de la LPCL, es un acto de hostilidad "la reducción inmotivada de la categoría". Se entiende de la categoría profesional. En otras palabras, al igual que el caso de la determinación del lugar de la prestación laboral, el legislador entiende que el trabajador goza de una categoría profesional determinada dentro de la empresa. Si no fuera así, sería ilógico que hable de una reducción de algo inexistente.

La determinación de una categoría profesional se puede llevar a cabo mediante un acuerdo entre empleador y trabajador, ya expreso o verbal, o a través de una decisión unilateral del empresario que luego el trabajador acepta con su comportamiento.

Como se puede deducir, que el trabajador haya sido encuadrado dentro de una categoría profesional implica que este se obliga a prestar un tipo de servicios específicos. Esto es, se concreta el marco funcional dentro del cual se desarrollará la prestación del servicio(15). Por ejemplo, un

(14) CRUZ VILLALON, "La movilidad geográfica del trabajador", cit., p. 93.

(15) Para Valdes Dal-Re, "la categoría profesional queda configurada jurídicamente como la representación sintética de las funciones para las que el trabajador es asumido en la

trabajador puede ser contratado como peón de construcción, vigilante, chofer particular, etc., dependiendo del tipo de funciones que desempeñe, sin embargo ello no quita que el catálogo de categorías profesionales cambie de una empresa a otra en atención al giro empresarial, a sus objetivos o al número de trabajadores que tenga(16).

Interesa señalar que normalmente la incorporación a una categoría determinada se corresponde con la calificación laboral y profesional que el trabajador ostenta. Sin embargo, en el contrato de trabajo lo relevante no es la calificación laboral o profesional que ostenta el trabajador antes de firmar el contrato, sino la categoría pactada. Alguien puede ser un conductor profesional, pero si suscribe un contrato como vigilante, será esta y no aquella calificación la que determine las funciones que se deben desempeñar(17).

b. Fundamento profesional y social

Para el trabajador, el asegurar un marco mínimo de tareas que le pueden ser exigibles en el desarrollo de la prestación de servicios, constituye una garantía clave en el ámbito empresarial. La predeterminación de sus funciones permite que el trabajador ejerza efectivamente su libertad de trabajo, reconocida en el inciso 15 del artículo 2° de la Constitución, en cuanto podrá decidir en qué trabajar.

Además, la determinación previa de las funciones a realizar, permite que el trabajador se asiente en su puesto de trabajo y obtenga más destreza en el desempeño de las funciones encomendadas. Ello implica ventajas

empresa" (VALDES DAL-RE, Fernando, "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variando*", en *Revista de Politica Social*, N° 103, Madrid, 1974, p. 6).

(16) A esta noción funcional de las llamadas categorías profesionales también apela nuestra jurisprudencia cuando señala que "la estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivos, funciones, número de trabajadores y otros factores, estableciéndose en virtud de ellos determinadas categorías [...]" (Sentencia de la Corte Suprema de la República en la Casación 1896-98-Lima, de fecha 4 de octubre de 1999). En el mismo sentido, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República recaída en la Casación N° 624-2002-Lima, de fecha 19 de mayo de 2003).

(17) ALEMAN PAEZ, Francisco, *El encuadramiento profesional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, p. 110.

profesionales de ascenso, pero también directamente protección de su salud en el trabajo. La mayor cantidad de accidentes laborales ocurren por falta de pericia del trabajador en la realización de sus labores.

c. Inexistencia del cuadro de clasificación profesional

Como ya lo mencionábamos para el caso de la determinación del lugar de la prestación, nuevamente aquí el legislador obra con hipocresía. Por un lado, exige la determinación de la categoría profesional (y, por ende, de funciones); pero, por otro lado, no obliga a las empresas a tener un cuadro de funciones o cometidos profesionales. Se impone la obligación de determinar las funciones, sin embargo no se señala que el marco de referencia para la determinación sea obligatorio[18].

Es lógico que una ley no se atreva a regular de forma general un cuadro de clasificación profesional, ya que este varía en función de cada actividad empresarial, de cada objetivo del negocio, etc. Sin embargo, no es lógico que el legislador se olvide de imponer a las empresas la obligación de contar con un cuadro de categorías profesionales. Salvo contadas empresas o sectores empresariales que lo han hecho unilateralmente, básicamente movidas por motivos organizativos, u otras que se han visto obligadas a hacerlo por la vía de la negociación colectiva (v. gr. construcción civil[19]), en el Perú no existen los cuadros de clasificación profesional.

¿Cuál es el efecto de ello? Primero, la mayoría de empresas establecen categorías profesionales desde los propios contratos de trabajo[20]. Lo que quiere decir que la determinación de la categoría profesional/funciones corresponde al empresario por tener mayor poder negocial. Piénsese, en la amplitud que puede tener una categoría creada por el empresario. Por ejemplo, una categoría profesional podría comprender todas las labores de mantenimiento en el local de la empresa (desde cortar el césped del

(18) Sobre la importancia de un sistema de clasificación profesional, FABREGAT MONFORT, Gemma, *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*, Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, Valencia, 2003. pp. 23 y ss.

(19) Según el Decreto Supremo del 2 de marzo de 1945, que recogió los términos de convenios colectivos más antiguos, los trabajadores obreros de construcción civil están clasificados en tres categorías: operarios, oficiales o ayudantes y peones.

(20) Sobre la insuficiencia del pacto individual sin más como forma de fijar el trabajo convenido, vide ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., p. 142.

jardín hasta limpiar las lunas y pisos, pasando por lavar el carro del jefe). Esto, sencillamente, desmerece cualquier intento serio de determinación de las funciones del trabajador. Me parece que, en este caso, la LPCL no apunta a conseguir una mayor flexibilidad de la mano de obra, sino a eliminar los límites que históricamente ha tenido y debe tener el poder de dirección del empleador.

Segundo, al no existir categorías profesionales predeterminadas en un sistema es imposible detectar en qué momento un cambio de categoría favorece o perjudica. Y no lo decimos de cara a las dificultades que encontrará el trabajador para evaluar estas circunstancias, sino también las dificultades que enfrentarán los jueces. En otras palabras, ¿cómo se sabe si el secretario de un jefe de división que pasa a cumplir labores de telefonista del gerente general de la empresa acaba de ascender o ha sido reducido de categoría?, ¿tendríamos que asumir como cierto lo que diga el empresario?, o, acaso, ¿tendríamos que recurrir a nuestro sentido común para aclarar estas situaciones? Repito, la inexistencia de cuadro de clasificación profesional aumenta los abusos.

Finalmente, creo que la única forma de reconstruir un verdadero sistema de determinación de funciones en el Perú, pasa por imponer a las empresas la obligación de confeccionar cuadros de clasificación de categorías profesionales donde se pueda encuadrar específicamente a cada trabajador. A la par, habría que fomentar el ingreso de la negociación colectiva en esta temática. Y si es de rama de actividad, mucho mejor. Es en la convención colectiva donde se pueden conciliar con mayor eficacia los intereses empresariales con los intereses profesionales y sociales de los trabajadores.

d. El trabajador flexible y la necesidad de un cuadro de clasificación profesional

En los últimos tiempos se habla del impacto de la globalización, las nuevas tecnologías, la variabilidad de los mercados, etc., sobre la figura del trabajador. Los defensores de estas ideas abogan por el nacimiento de un nuevo trabajador: polifuncional y flexible. El nuevo trabajador se convertirá en ejecutor de varias funciones, incluso de las de naturaleza distinta. Es por eso, que no pocos autores han empezado a hablar de la crisis del sistema de categorías, donde se detallan rigurosa y específicamente las funciones a desempeñar por el trabajador.

Aunque cueste creer que la extensión de este paradigma sea absoluto, más aún en países como Perú, entendemos que un sistema de categorías reguladas al máximo no permite que las empresas se adapten rápidamente a los cambios del mercado.

Ahora bien, como ya se dijo, tampoco es cierto que un sistema desregulado como el de la LPCL, sin cuadros de clasificación profesional, sea funcional para los intereses profesionales y sociales de trabajadores. Dejar la determinación de funciones al contrato de trabajo tiene un efecto evidente de descalificación e inseguridad del trabajador. La rotación permanente de puestos y funciones van a generar trabajadores que no son expertos en nada.

Quizá la solución pase nuevamente por la conciliación de intereses. Y ello requiere la necesaria presencia de un cuadro de clasificación profesional. La necesidad de un trabajador flexible debe equilibrarse con la predeterminación de las funciones del mismo trabajador. Se podría optar por el ensanchamiento del sistema de categorías en grupos profesionales, de modo que estos últimos alberguen un número razonable de las primeras. En los grupos profesionales habrá que respetar el principio de equivalencia de funciones. Lo que no se puede hacer es prescindir del llamado cuadro de clasificación profesional o de un hilo conductor común para conformar los grupos funcionales.

Asimismo, creo que los sistemas de grupos profesionales debieran admitirse solo por la vía de la negociación colectiva, de modo que se incentive la suscripción de convenios colectivos en los sectores o empresas que requieran mayor flexibilidad. De esta forma, los sindicatos comprenderán que en estos tiempos se hace difícil insistir en la propiedad del puesto de trabajo con funciones definidas al milímetro, sino que deben pasar a la defensa de la profesionalidad de los llamados trabajadores flexibles(21).

(21) CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, p. 47. En el mismo sentido, ROMAN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pp. 186 y ss.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA CONEXIÓN DE NEGOCIOS DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR

Luz Pacheco Zerga

Sumario: 1. Introducción. 2. La interdependencia entre el Derecho del trabajo y la Economía. 3. El Derecho del trabajo ante el liberalismo y el marxismo. 4. La mercantilización del trabajo en el siglo XIX y la condición del trabajador asalariado. 5. El mercado autorregulador y el Derecho del trabajo. 6. El contrato de trabajo: institución madre del Derecho del trabajo y mecanismo jurídico de protección social. 7. La superación del *do ut facias* contractual en el ámbito laboral. 8. La naturaleza jurídica del contrato de trabajo y la teoría de la conexión de negocios. 9. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Sumarse al homenaje en honor del Dr. Luis Aparicio Valdez con una investigación sobre la naturaleza jurídica del contrato de trabajo me parece la forma natural de expresar nuestro agradecimiento a quien dio vida tanto a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo como a la revista *Análisis Laboral*, que han cumplido varios lustros de servicio efectivo a la

comunidad científico-laboral. La vocación humanista, con alto sentido de la justicia y respeto a las personas e instituciones, que caracteriza el quehacer profesional de Luis Aparicio Valdez, es fuente de inspiración para quienes nos dedicamos a la docencia e investigación en el ámbito universitario. El estudio que sigue a continuación pretende ofrecer nuevos argumentos para poder trabajar desde esa perspectiva: la de conseguir que el trabajo sea "medio de desarrollo de la persona", no solo en la letra de la Constitución del Perú(1), sino en la realidad social de nuestro país.

La revolución tecnológica del siglo XX ha tenido consecuencias sociales similares a las que experimentó la sociedad occidental de los siglos XVIII y XIX por los inventos de la máquina a vapor y el desarrollo del maquinismo. El panorama actual está enmarcado en la globalización de la economía y de la cultura, propiciada por la instantaneidad de las comunicaciones. Las empresas transnacionales son las que marcan las pautas económicas a los Estados y naciones y, con ellas, también las sociales. Tras la caída del muro de Berlín, el neo liberalismo se presenta como la mejor opción ideológica para optimizar el desarrollo humano(2). El *laissez faire* que propugnó la Revolución francesa para potenciar la autonomía de la voluntad en los siglos XVIII y XIX, se presenta hoy como el mecanismo necesario para maximizar la fuerza del mercado autorregulador y minimizar la protección del Derecho del trabajo. Sin embargo, la historia demuestra que las transformaciones de las instituciones de protección social son consustanciales a la existencia del Derecho del trabajo y no deben hacernos pensar en su desaparición(3). La discusión está

(1) Constitución del Perú (CP), artículo 22°.

(2) Con claridad se ha denunciado que "la solución marxista ha fracasado, pero permanecen en el mundo fenómenos de marginación y explotación, especialmente en el Tercer Mundo, así como fenómenos de alienación humana, especialmente en los países más avanzados [...]. Ingentes muchedumbres viven aún en condiciones de gran miseria material y moral. el fracaso del sistema comunista en tantos países elimina ciertamente un obstáculo a la hora de afrontar de manera adecuada y realista estos problemas; pero eso no basta para resolverlos. Es más, existe el riesgo de que se difunda una ideología radical de tipo capitalista, que rechaza incluso el tomarlos en consideración, porque *a priori* considera condenado al fracaso todo intento de afrontarlos y, de forma fideísta, confía su solución al libre desarrollo de las fuerzas de mercado". Juan Pablo II, *Centesimus annus*, Ciudad del Vaticano, 1995, n. 42.

(3) "Se puede concluir así que la existencia de transformaciones institucionales (o de cambios de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas) originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, de las

nuevamente servida: ¿son suficientes las leyes del mercado y las que fijan la autonomía de la voluntad para lograr regímenes de trabajo acordes con la dignidad humana?

Para responder a esta cuestión es necesario comprender las exigencias económicas de la vida social, así como del contenido objetivo de la dignidad de la persona que trabaja, a fin de lograr una mejor armonización del Derecho del trabajo y la economía. De este modo, los agentes sociales podrán regular jurídicamente el trabajo personal, subordinado y remunerado, de tal modo que sea posible el ejercicio de los derechos constitucionales(4) y el efectivo respeto a la dignidad del trabajador en las relaciones laborales(5).

2. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA ECONOMÍA

Desde hace más de dos décadas se aprecia un movimiento regresivo del Derecho del trabajo ante las necesidades del mercado. *Flexibilización, competitividad, productividad, crisis económica* son términos que se imponen en el mundo jurídico y ponen en duda la validez de instituciones consideradas hasta ahora inamovibles, por necesarias, para la vida social.

Expresiones como "huida del Derecho del trabajo"(6) o "discreto retorno del arrendamiento de servicios"(7) tienen matices cada vez más

---

que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación (la prestación de trabajo asalariado dependiente), cuya operación ha sido moldeada en cada caso naturalmente por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y los cambios sociales aparejados" (Palomeque López, Manuel-Carlos, "La función y refundación del Derecho del Trabajo" en *Derecho del trabajo y razón crítica*, Caja Duero, Salamanca, 2004, 48).

(4) "[...] Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador [...]". Cfr. el artículo 23°.3 de la CP.

(5) "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Artículo 1° de la CP.

(6) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "La huida del Derecho del trabajo", en *Relaciones Laborales*, La Ley, 1992, T. I.

(7) Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios" en C*uestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos*

agresivos, que evidencian el resurgimiento de una ideología considerada superada: la del mercantilismo liberal del siglo XIX, que emerge en el marco de una economía globalizada(8). La expresión jurídica de este fenómeno se manifiesta en la sustitución del Derecho civil por el Derecho del trabajo en la celebración de contratos de prestación de servicios subordinados, al darse prioridad a la autonomía de la voluntad en esos negocios jurídicos. Asimismo se privilegian las reglas del mercado en la toma de decisiones, justificando así la proliferación de modalidades no solo *atípicas* de trabajo sino en ocasiones *injustas*, por encubrir situaciones en las que existe fraude de ley o abuso del derecho.

Con cierta candidez, los juristas retroceden ante los argumentos económicos: parece que la utilidad económica tiene prioridad sobre la justicia y que el juego de la oferta y la demanda será capaz de conseguir la calidad de vida acorde con la dignidad humana, para la mayoría de los peruanos. Sin embargo, el mercado solo es capaz de satisfacer las necesidades solventables: el olvido de esta realidad ha llevado a que resurjan sistemas de trabajo en semiservidumbre a la sombra de un Estado indolente en la regulación y verificación del cumplimiento de las normas laborales(9).

---

españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Centro de Publicaciones, Colección Encuentros (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999).

(8) Así se aprecia tanto en los países desarrollados como en los que están en vías de desarrollo, aunque con diferentes matices. Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, "Crítica de la subordinación", en *Revista española de Derecho del trabajo*, N° 116, 2003. Monereo Pérez, José Luis, "Evolución y futuro del Derecho del trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la 'cuestión social'", en *Relaciones Laborales*, La Ley, 2001, T. II.

(9) "Da la impresión de que, tanto a nivel de naciones, como de relaciones internacionales, el libre mercado es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades. Sin embargo, esto vale solo para aquellas necesidades que son "solventables", con poder adquisitivo, y para aquellos recursos que son "vendibles", esto es, capaces de alcanzar un precio conveniente. Pero existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado. Es un estricto deber de justicia y de verdad impedir que queden sin satisfacer las necesidades humanas fundamentales y que perezcan los hombres oprimidos por ellas. Además, es preciso que se ayude a estos hombres necesitados a conseguir los conocimientos, a entrar en el círculo de las interrelaciones, a desarrollar sus aptitudes para poder valorar mejor sus capacidades y recursos. Por encima de la lógica de los intercambios a base de los parámetros y de sus formas justas, existe algo que es debido al hombre porque es hombre, en virtud de su eminente dignidad. Este algo debido conlleva inseparablemente la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad" (Juan Pablo II, *Centesimus annus*, n. 34).

La historia nos enseña que la especificidad del Derecho del trabajo responde a una razón de buena ordenación productiva y a la exigencia "universalmente sentida de dignificación de las condiciones de vida y trabajo de una capa mayoritaria de la población, formada precisamente por los trabajadores asalariados"(10). La insuficiencia del Derecho civil y comercial para solucionar los conflictos surgidos con motivo de la prestación de servicios realizados por cuenta ajena y en situación de dependencia, por su carácter fundamentalmente patrimonialista, hizo surgir un Derecho especial, de carácter humanitario y social, que cristalizó en el llamado "Derecho social" y que hoy es denominado Derecho del trabajo(11). Esa terminología originaria no es –como se ha puesto de relieve– un "simple pleonasmo" sino la más adecuada para poner de manifiesto la superación del individualismo de los códigos del siglo XIX, basados en una irreal igualdad entre los sujetos contratantes por la graves deficiencias en la organización del trabajo, la distribución del poder y la riqueza en el sistema social(12). Igualdad que es nuevamente pregonada, en aras de lograr una mayor rentabilidad, a corto plazo, en las inversiones.

El Derecho del trabajo nació contra corriente y puso límites al capitalismo liberal del siglo XIX. Durante muy pocos años –que se extienden desde finales de los años cincuenta hasta la década de los setenta del siglo pasado, con algunas variantes en determinados países– tuvo un papel hegemónico en la vida social(13). Al limitar las exigencias del mercado en atención al respeto, debido a la dignidad humana, se convirtió en referente obligado para la estructuración jurídico-social. Por tanto, su desaparición equivaldría a renunciar a valores fundamentales para la vida social. De allí que sea necesario volver a las raíces de esta disciplina, es decir, a sus "principios y fundamentos –libertad y dignidad del hombre–

(10) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 29.

(11) Cfr. por todos Pérez Botija, Eugenio, *El Derecho del Trabajo (concepto, sustantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

(12) Cfr. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, cit., p. 30. Vide también ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 39.

(13) CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*, trad. Jorge Piatigorsky, Serie Estado y Sociedad, Paidós, Buenos Aires, 1997. Recomendamos revisar especialmente la segunda parte, denominada "Del contrato al estatuto".

que han de presidir la voluntad de quienes crean la norma y de quienes la aplican"[14]. Además, siendo el Derecho del trabajo no solo un "sector del ordenamiento" sino un "modo de contemplar lo jurídico todo desde la realidad, crucial para la vida comunitaria, del trabajo libre por cuenta ajena"[15], tiene una misión –perennemente actual– de enjuiciar la realidad social y dar los lineamientos para armonizar las exigencias de la rentabilidad del trabajo con la calidad de vida de quien hace posible, con su dedicación vital, esa rentabilidad. El Derecho del trabajo al privilegiar a la persona sobre el patrimonio (en el ámbito civil) y la mera rentabilidad (en el mercantil) otorga a la antropología, es decir, a *la visión que el hombre tiene de sí mismo*, el valor de criterio hermenéutico decisivo para valorar todo planteamiento doctrinal y sistema social[16].

No obstante la evidente interdependencia entre el Derecho y la Economía, existe un distanciamiento, tanto a nivel académico como práctico, no solo respecto al Derecho del trabajo en particular, sino al Derecho en general[17]. Una de las causas de ese distanciamiento es el formalismo imperante en ambas disciplinas[18]. En el campo del Derecho ese formalismo es de inspiración kelseniana, que concibe el Derecho como un conjunto de normas, integradas en una jerarquía que ordenan la conducta humana pero que lleva a sustituir el Derecho por la ley positiva[19]. Los estudios económicos tienen, en muchos casos, una perspectiva utilitarista, que persigue

(14) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 51.

(15) Loc cit.

(16) Cfr. "La antropología tiene un valor director para la vida, pues de cómo el hombre se entienda dependen sus actitudes y el desarrollo de su actividad". POLO, Leonardo, "Tener y dar" en *Estudios sobre la encíclica Laborem Exercens,* Acción Social Empresarial, B.A.C., Madrid, 1987.

(17) Cfr. por todos MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 31-32.

(18) Para un estudio más amplio de esta cuestión remitimos a SÁNCHEZ PINTADO, Emilio, "La ley, el Derecho y la Economía," en *Empresa y humanismo* V, N° 1, Pamplona, 2002.

(19) Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado,* trad. Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 1979, p. 3. Sin embargo, el Derecho no se agota en la Ley, ni siquiera en la Fundamental, como bien reconoce el art. 3 de nuestra Constitución: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

ante todo la maximización del beneficio y están marcados por el positivismo y un determinismo materialista de tipo matemático[20].

Para superar este desarrollo paralelo, que se presenta con visos de antagonismo, es necesario encontrar el punto de encuentro de ambas disciplinas: el trabajo de la persona humana, que es el eje tanto de la economía como del Derecho laboral. Se torna pues necesario volver a las humanidades, para poder enlazar las exigencias de la vida personal, social y económica con las del orden jurídico, evitando enfoques unilaterales y desfasados que impiden el auténtico desarrollo humano[21].

Desde hace algunos años se alzan voces desde diferentes sectores de la sociedad en este sentido[22] y este es uno de los retos que enfrenta la Universidad del siglo XXI: poner la interdisciplinariedad científica al servicio de la persona para no reducir la calidad de vida al aspecto meramente cuantitativo del "tener"[23] y para que el aumento de la riqueza no sea patrimonio de unos pocos sino del mayor número posible de seres humanos[24].

---

[20] Cfr. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Miguel Alfonso, *Evolución del pensamiento económico*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983. Especialmente el capítulo XXII: "La vuelta del "liberalismo".

[21] Sobre la importancia del estudio de las humanidades para lograr que la vida social sea "civilizada" Cfr. ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael, "Sobre el humanismo", en *Empresa y humanismo* I, Nº 1, Pamplona, 1999.

[22] Cfr. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Evolución del pensamiento económico, cit.*; FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, "Economistas y humanistas. Propuestas para un diálogo" en Ángel Marina García Tuñón (coord.), *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Lex Nova, Valladolid, 2001; POLO, Leonardo, "La interpretación socialista del trabajo y el futuro de la empresa," en *Empresa y humanismo*, Nº 2, Pamplona, 1991; BALLESTEROS, Jesús, Postmodernidad: decadencia o resistencia, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

[23] El acercamiento entre la Administración de Empresas y el Derecho, con las dobles titulaciones ofrecidas por algunas Universidades, constituye una señal positiva en este sentido, sin embargo, queda aún mucho terreno por recorrer. Sobre la misión de la Universidad ante los cambios en la cultura del trabajo remito a: PACHECO ZERGA, Luz, "La responsabilidad de los universitarios –en especial de los iuslaboralistas– ante los cambios en la cultura del trabajo", *Aranzadi Social*, Nº 16, 2004, pp. 77-86.

[24] "Las 500 personas más ricas del mundo tienen ingresos superiores a los 100.000 millones de dólares, sin tomar en consideración la riqueza de activos. Esta cifra supera los ingresos combinados de los 416 millones de personas más pobres". PNDU, *Informe sobre Desarrollo humano*. [undp.org, 2006 (ubicado el 26.8 2007)]; obtenido en http://hdr.undp.org/hdr2006/pdfs/report/spanish/Pagesfrom08-Middlematter_ES-2.pdf.

Para lograr este acercamiento hay que tener en cuenta que el Derecho no es un conjunto de conclusiones lógicas, obtenidas por silogismos, sino, más bien, un orden *de y para la realidad social*[25]. Más aún, la estructura jurídica existe *en función* de la realidad social. Su razón de ser y su existencia se fundan en estas coordenadas: una realidad social y unas exigencias de orden y de justicia a las que la ley pretende servir mediante una determinada regulación[26]. Por eso, el Derecho es algo vivo y cambiante, pero con un núcleo permanente, constituido por lo que *naturalmente* corresponde a la persona, en cuanto individuo de la especie humana. En el caso del Derecho del trabajo, para distinguir entre lo esencial y lo accesorio, es necesario no solo analizar la relación que existe entre trabajo, organización social y mercado sino, que resulta indispensable "revisar el modelo antropológico que está en la base del Derecho del trabajo y de su sistema de valores"[27]. Solo así estaremos en condiciones de proyectar la función que le corresponde en la sociedad globalizada y de recuperar su capacidad de impulsar la vida social[28].

3. EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL LIBERALISMO Y EL MARXISMO

La economía, tanto en las teorías del liberalismo económico como en las del marxismo, suele presentar al ser humano como un *homo economicus*[29],

---

(25) "El Derecho mismo es una estructura humana de alteridad, que necesariamente presupone la existencia de una pluralidad de sujetos y de una relación entre los mismos" (ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del trabajo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1994, 14).

(26) Cfr. HERVADA, Javier, *Coloquios propedéuticos sobre el Derecho Canónico*, 2ª ed., Instituto Martín Azpilcueta - Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, Colección Canónica, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002, 180.

(27) MONEREO PÉREZ, "Evolución y futuro del Derecho del trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social", cit., p. 217.

(28) Sobre las dificultades que se siguen a la novedad de las instituciones laborales y a las presiones de la política partidaria, siguen siendo actuales las reflexiones de GARCÍA DE HARO, Ramón, *Convenios colectivos y reglamentos de empresa*, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 7-12.

(29) Utilizaremos el vocablo "hombre" conforme a la primera acepción reconocida por la Real Academia de la Lengua Española: "Ser animado racional, varón o mujer", REAL

con predilección por las actividades lucrativas y cuya vida se resuelve en clave económica.

Esta visión unilateral se remonta, por un lado, a la economía clásica del siglo XVIII, iniciada por Adam Smith, que consideró la división del trabajo como una tendencia natural del hombre a cambiar bienes por bienes, bienes por servicios y unas cosas por otras, considerando estas actividades como las centrales de la vida humana(30). Lo cual es inexacto ya que la división del trabajo es un fenómeno natural que obedece a las diferencias por razón de sexo y las capacidades individuales, así como a las diferencias geográficas(31). Sin embargo, esta deformación histórica, que se planteó como premisa científica, llevó a muchos especialistas de la historia económica a centrar su atención en una etapa relativamente reciente de la vida humana, en la que podían encontrarse el trueque y el intercambio a una escala considerable y fue aplicada, sin más pruebas, a toda la historia humana. De este modo, el liberalismo creó la falsa imagen de que el ser humano tiene una *psicología de mercado*.

El segundo factor de distorsión para la adecuada comprensión del hombre ha sido el marxismo, que redujo las relaciones humanas a relaciones económicas antagónicas de poder y alienación completando –desde otro ángulo– esta mutilación histórica(32). Si bien es cierto esta teoría económica ha sido desacreditada universalmente ante la caída del muro de Berlín, no puede negarse que su filosofía económica está en la base de gran parte del pensamiento europeo y sudamericano(33). Karl Marx descubrió facetas relacionales del trabajo humano de profunda significación, pero al establecer una dicotomía insalvable entre libertad y trabajo dependiente, entre clase opresora y clase explotada, presenta como única vía de

ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 2003.

(30) Cfr. POLANYI, *La gran transformación*, trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1989.

(31) Cfr. Ibidem., p. 85

(32) Cfr. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Miguel Alfonso, "Los orígenes de la teoría de la empresa", en *Empresa y humanismo*, Nº 88, 2003, Pamplona, pp. 3-78. DONATI, Pierpaolo, *Il lavore che emererge. Prospettive del lavoro como relazione sociale in una economia dopo-moderna*, Bollati Boringheieri, Torino, 2001, p. 82-99.

(33) Cfr. Ibídem, p. 93.

liberación la abolición del carácter relacional del trabajo[34]. Este presupuesto se complementa con su célebre fase de los *Manuscritos de 1844*: "toda la historia universal no es otra cosa que la generación del hombre por medio del trabajo humano"[35]. Es decir, el hombre se genera por los bienes que produce, por las estructuras de producción que el trabajo engendra.

Por eso, tanto Smith como Marx, desde puntos de vista muy dispares, incurren en la misma falacia: reducir la fuerza creadora del trabajo a la satisfacción de las necesidades vitales de los individuos[36]. Lo cual equivale a concebir al hombre como a un *animal de necesidades* y no como lo que realmente es: *un ser de ideales*[37]. Esta deformación fue denunciada por Max Weber, quien puso de manifiesto la supremacía de las tendencias no económicas de la persona en la organización de la vida social, afirmación que hoy en día ha sido corroborada desde diversos enfoques científicos y filosóficos[38].

4. LA MERCANTILIZACIÓN DEL TRABAJO EN EL SIGLO XIX Y LA CONDICIÓN DEL TRABAJADOR ASALARIADO

Los cambios tecnológicos, sociales y comerciales que siguieron a la Revolución Industrial originaron una nueva cultura, una nueva

---

(34) Para una mejor comprensión del tema remito a Ibídem.

(35) MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *El manifiesto comunista,* Ayuso, Madrid, 1975, p. 126.

(36) "La Revolución industrial fue simplemente el inicio de una revolución tan extremista y radical como todas las que habían enardecido el espíritu de los sectarios, sin embargo el nuevo credo era plenamente materialista y proclamaba que todos los problemas humanos podían ser resueltos por medio de una cantidad ilimitada de bienes materiales". POLANYI, "La gran transformación", cit., p. 226.

(37) Cfr. ILLANES, José Luis, "Trabajo, productividad y primacía de la persona", en *Doctrina Social de la Iglesia y realidad socioeconómica*, Teodoro López *et al.* (edits), *XII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, EIUNSA, Pamplona 1991), p. 922.

(38) Cfr. POLANYI, "La gran transformación", cit., p. 87. En el mismo sentido: ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., pp. 67-72. YEPES STORK, Ricardo, ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 6ª ed., EUNSA, Pamplona, 2003, pp. 50-80. BUTTIGLIONE, Rocco, *La persona y la familia*, trad. Antonio Esquivias, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, pp. 168 y ss.

civilización: el trabajo, la familia, las relaciones sociales en general se vieron sustancialmente modificadas[39]. Y en esta nueva cultura, la regulación jurídica del trabajo fue la expresión más clara de la profunda transformación que se había operado en la civilización occidental. Al someter el trabajo a las leyes de la oferta y demanda, como si fuera un elemento de producción económica similar a la materia prima, se mercantilizó la vida humana. El *salario* fue concebido como un precio, fijado de acuerdo con el interés del empresario, sin tener en cuenta las necesidades ni circunstancias personales del trabajador. La utópica igualdad predicada por el liberalismo cristalizó en los códigos civiles de la época, que proclamaban la *autonomía de la voluntad de las partes* en la realización de cualquier negocio jurídico, incluyendo el de la prestación de servicios dependientes y por cuenta ajena[40]. El resultado de esta forma de contratación fue una dolorosa *dislocación social*, manifestada en jornadas excesivas de trabajo, condiciones insalubres, hacinamiento de los obreros en las ciudades, destrucción de lazos familiares, salarios de hambre, etc., de la cual existe abundante y muy bien documentada bibliografía[41].

Era tal el *despojo social* que se padecía con el trabajo asalariado, que dio origen a una clase social: la *del asalariado.* Alguien se convertía en asalariado cuando "no era nada y no tenía nada para intercambiar, salvo la fuerza de su brazo. Se caía en el salariado como degradación del propio estado: las víctimas eran el artesano arruinado, el campesino feudal al que su tierra ya no le daba de comer, el 'compañero' que había dejado de ser aprendiz y no podía convertirse en maestro [...]. Estar o caer en el salariado era instalarse en la dependencia, quedar condenado a vivir 'al día', encontrarse en las manos de la necesidad"[42].

---

(39) Cfr. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., p. 267.

(40) Cfr. por todos BAYÓN CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español,* Tecnos, Madrid, 1955.

(41) Cfr. por todos ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., pp. 280 y ss.

(42) CASTEL, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado,* cit., p. 13. Esta baja consideración social perduró hasta el siglo XX: en el caso de Francia, el mismo autor señala que el principal partido de gobierno de la Tercera República, el Partido Radical, en el Congreso de Marsella de 1922 inscribió en su programa "la abolición del salariado, que es una supervivencia de la esclavitud".

Entre tanto, en el otro extremo de la organización social, el capitalista experimentaba como el capital crecía a medida que aumentaba la producción. Y, paulatinamente, fue dirigiendo la producción no a la satisfacción de necesidades reales sino al simple consumo, para conseguir una mayor utilidad, sin tener en cuenta el contexto social(43). El sistema trajo consigo un *frenesí de productividad*, que a su vez, engendró un *paroxismo de trabajo,* porque era necesario *estirar siempre más las fuerzas de producción del trabajo*(44). Los cambios en los sistemas de trabajo, que se desarrollaron en los siglos XVIII y XIX, alteraron sustancialmente también los ritmos de descanso, a tal punto que las consecuencias de la Revolución Industrial en la civilización occidental se han comparado con las del neolítico respecto a la Edad Antigua(45).

La mercantilización de las relaciones individuales trajo consigo la de la sociedad en general. Al considerar el trabajo y las relaciones que este genera y a la tierra como mercancías era inevitable que se produjera un *desgarro en las relaciones humanas* y, en mayor o menor grado, el peligro del *aniquilamiento del hábitat natural* de la persona(46).

La paulatina sustitución –en la conciencia de los ciudadanos– de los móviles sociales por los económicos, especialmente por el afán de *beneficio económico*, convirtió al dinero en una mercancía universal y, a su vez, al valor comercial, en el valor de referencia universal. Es decir, la valoración de la persona, de su actividad y de sus bienes fue reducida a la dimensión económica, y, en esa misma medida, se le despojó de un valor intrínseco, convirtiéndolo, más bien, en referencial respecto a su capacidad de crear riqueza.

---

(43) Sobre la saturación del sistema de necesidades en los países industrializados en la actualidad, vide ALONSO OLEA, Manuel, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 24-28.

(44) Cfr. GRIMALDI, Nicolás, *El trabajo: comunión y excomunicación*, trad. Ana Corzo Santamaría, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 198.

(45) ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo,* cit., p. 328.

(46) Cfr. POLANYI, *La gran transformación,* cit., p. 82. Por esta razón en la concepción tradicional del Derecho, en concreto del Derecho romano, el trabajo no era objeto de compra-venta sino de arrendamiento: se podía "co-locare", es decir, ceder en arrendamiento, pero no "entregarse" con motivo de una compraventa. Cfr. DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, "Nueva función del trabajo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 62, Madrid, 1993, p. 843.

El proyecto utópico del liberalismo económico, de crear y distribuir la riqueza por las solas fuerzas del mercado autorregulador, llevó a la sociedad del siglo XIX a fundar la vida social en el móvil de la ganancia, convirtiéndola en justificante suficiente para la acción y el comportamiento en la vida cotidiana. Este es el último eslabón para que se realizase la transformación de una *sociedad con mercados* a *una sociedad de mercado autorregulado*(47).

Sin embargo, la ganancia siendo un móvil lícito, no puede convertirse en *el móvil de referencia* del actuar social porque pervierte la ética, la solidaridad y, en definitiva, la posibilidad de la convivencia pacífica y del auténtico desarrollo humano. Grimaldi, con acentos que pueden sonar dramáticos, denuncia el envilecimiento social que se sigue a esta mercantilización, iniciada en el siglo XIX: "Donde todo tiene un precio, nada puede tener valor. Nada por nada en la sociedad capitalista. Todo se vende y se compra. Nada es gratis, ningún don, ninguna gracia. Quien no tiene nada que vender no tiene nada que esperar. Donde no hay nada que ganar, no hay nada que hacer"(48). En cualquier caso, esta actitud no deja de ser antinatural porque la aspiración al acceder a un trabajo va más allá de la retribución económica porque permite alcanzar una identidad social en referencia al propio desarrollo personal y a la inserción en un contexto de reconocimiento(49).

El liberalismo del siglo XIX pretendió olvidar que el trabajo es una actividad inseparablemente unida a la persona, que no actúa en función de

(47) POLANYI, *La gran transformación*, cit., p. 66.

(48) GRIMALDI, *El trabajo: comunión y excomunicación,* cit., p. 201. Para graficar este fenómeno presenta dos ejemplos: el del joven médico a quien se le pide que visite a sus enfermos cada día, pero sin darle dinero o algún otro bien a cambio. Y el del joven profesor a quien se le dice que "su verdadero trabajo empieza cuando termina su clase, y que toda su vida apenas es suficiente para realizar esta tarea, sin guardarse ni retener nada de ella: ¿cómo es esto?, os responderá, ¿sabéis lo que me pagan? ¿En cuánto estimáis mi tiempo? [...]. Podemos apostar sin riesgo alguno que estos jóvenes, médico y profesor, se horrorizan ante el mercantilismo. Pero, ya que el dinero se ha convertido en el único sistema de relaciones de los hombres entre sí, no pueden imaginarse su trabajo y su vida sino con relación a él". Se produce entonces una deshumanizante paradoja: no son capaces de dar su vida sin pedir nada a cambio porque equivaldría a decir: "¿es mi vida tan miserable que no puede venderse?".

(49) Cfr. LUCAS MARÍN, Antonio y GARCÍA RUIZ, Pablo, *Sociología de las organizaciones,* Mc-Graw-Hill, Madrid, 2002, p. 423.

la *venta*, es decir, por un móvil exclusivamente económico porque el trabajo cumple una función social cualitativa en el desarrollo personal y no solo cuantitativa o de simple producción de riqueza. Y, precisamente por la indisoluble unidad entre la persona y su trabajo, este no puede ser desgajado de la vida humana ni almacenado o puesto en circulación como se hace con las mercancías(50).

La tierra, por su parte, no es un bien mueble producido por el hombre, sino que constituye la misma naturaleza: esta realidad está siendo defendida por los movimientos ecologistas, que reivindican el derecho a preservar la naturaleza como un derecho fundamental de todo ser humano(51). Y, finalmente, el dinero no es un producto, sino más bien un signo del poder adquisitivo o un mecanismo de cambio creado por la banca o las finanzas del Estado. Por eso, ninguno de estos tres elementos –trabajo, tierra y dinero– pueden ser regulados como mercancías(52).

Sin embargo, es sobre la base a esta ficción como se organizaron –y se siguen organizando en la práctica–, los mercados de trabajo, de tierra y de capital. De hecho, son comprados y vendidos en el mercado, y su oferta y demanda poseen magnitudes tales que los Estados liberales velan hoy para impedir un desequilibrio entre estos *productos,* porque una política que impidiese la formación de estos mercados, pondría ipso facto en peligro el sistema mismo. Y, por eso, el liberalismo tiende a prohibir cualquier disposición o comportamiento que obstaculice el funcionamiento efectivo del mecanismo del mercado autorregulador.

5. EL MERCADO AUTORREGULADOR Y EL DERECHO DEL TRABAJO

La confianza en que el nuevo sistema erradicaría el problema de la pobreza se apoyaba, en gran medida, en la teoría de la *mano invisible* de

(50) El trabajo humano se orienta, fundamentalmente a garantizar una posición social, unos derechos sociales, tanto en los cazadores o pescadores de las primeras civilizaciones, como en los altos directivos de una transnacional: en ambos extremos y en todos los casos, el sistema económico se gestiona en función de móviles no económicos. Cfr. POLANYI, *La gran transformación,* cit., p. 88.

(51) Cfr. Para una comprensión integral de esta problemática remito a BALLESTEROS, Jesús, *Ecologismo personalista*, Tecnos, Madrid, 1995.

(52) Cfr. POLANYI, *La gran transformación*, cit., p. 128.

Adam Smith, según la cual esta operaría en el seno del sistema de mercado, a través de la competencia entre las fuerzas actuantes, y aseguraría el suministro necesario de mercancías al precio debido, así como la buena gestión del proceso productivo, cuyos costos se convertirían en los más bajos posibles(53).

Por estas razones el empresario industrial y el comerciante que emergen de la Revolución Industrial exigen la "liberalización del mercado": imponen el *laissez-faire* del Estado(54) para poder fijar los precios más adecuados a sus intereses. Comprobamos, entonces que el abstencionismo del Estado fue impuesto, paradójicamente, *por el mismo Estado a petición de los particulares*. Y, una vez establecido, era necesario garantizar que no se produjese ninguna intervención exterior que alterase el equilibrio del mercado(55). El pensamiento liberal considera esencial "la presencia de condiciones de libertad perfecta para la existencia de la libre competencia"(56) porque los beneficios ya no están garantizados, y quienes intervienen en el proceso económico deben lograr sus utilidades en el juego de la oferta y la demanda. Se exige entonces que los precios *sean libres, que se fijen por sí mismos*: así se asegura la utilidad económica del inversor. Pero, en definitiva, los precios no se fijan por una simple regla de azar, sino de acuerdo con los intereses de los agentes que dirigen el proceso económico, es decir, los

(53) Cfr. TERMES CARRERÓ, Rafael, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad*, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 1984, p. 66. Sobre las limitaciones de "la mano invisible", ver también MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Miguel Alfonso, "Estatuto epistemológico de la teoría económica" en *Doctrina Social de la Iglesia y realidad socio-económica*, Teodoro López *et al.* (edits.), *XII Simposio Internacional de Teología*, EIUNSA, Pamplona, 1991, pp. 459-471.

(54) Polanyi considera que aunque esta expresión fue acuñada en Francia a mediados del siglo XVIII, se convierte en una fe militante en 1830. Cfr. POLANYI, *La gran transformación*, cit., p. 226.

(55) Termes considera que en la base del pensamiento económico liberal no se encuentra la negación del papel del Estado sino, más bien, "la defensa de la necesidad de crear y mantener un marco constitucional para que la economía encuentre sus propios objetivos y solvente por ella misma los conflictos que puedan existir" (TERMES CARRERÓ, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad*, cit., p. 115. Sin embargo, pretender que sea la economía la que resuelva los conflictos equivale a reducir el papel del Estado al de una mera estructura constitucional del mercado. Para conocer el pensamiento de Adam Smith en estas materias es interesante la síntesis que realiza Termes en la Segunda Parte de la obra antes citada.

(56) Ibidem., p. 66.

empresarios y comerciantes, ya que el consumidor lo que busca, por regla general, es el producto de la mejor calidad al menor precio posible.

Fue así como, a partir de 1820, la sociedad inglesa primero y luego el resto de Occidente[57], se articuló en torno a los tres dogmas del liberalismo: a) el trabajo debe encontrar su precio en el mercado; b) la creación de la moneda debe estar sometida a un mecanismo de autorregulación; y c) las mercancías deben circular libremente de país en país sin obstáculos ni preferencias. Estos tres dogmas se resumen en lo que ahora conocemos como *el mercado de trabajo*, *el patrón-oro* y *el libre intercambio*. Nos encontramos ante lo que los economistas denominan la *economía de mercado*[58].

Esta economía de mercado se basa en un sistema autorregulador de mercados. Es decir, una economía gobernada *únicamente* por los precios del mercado. Solo entonces se puede hablar de un *sistema autorregulador*, es decir, cuando la totalidad de la vida económica se organiza por las leyes dictadas por la oferta y la demanda, sin tener en cuenta otras referencias que no sean las del mismo mercado. Es necesario resaltar que, si bien es cierto que toda sociedad para sobrevivir requiere de un sistema económico, –y que la existencia de un mercado es connatural al de cualquier sociedad– es recién a partir del siglo XIX que la regulación del mercado no obedece a las necesidades sociales, sino que somete a estas a las de la producción de riqueza. Los términos y prioridades sociales se invierten: *la política –el bien de los ciudadanos– se pone al servicio de la economía –de la producción de bienes–*[59].

La *dislocación* social y jurídica que siguió a los nuevos regímenes de trabajo originó, a su vez, una reacción social similar en todos los países sometidos a la doctrina liberal: la sociedad exigió al Estado proteger tanto al trabajo como a la tierra, pues equivalía a proteger a la persona y al espacio vital indispensable para construir un hogar y tener una familia, que son el fundamento de la civilización[60]. La violencia de las revueltas

(57) Bayón Chacón sitúa el inicio de esta libertad de contratación del trabajo por cuenta ajena en España, en el 6 de diciembre de 1836 (Cfr. BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español,* cit., p. 308).

(58) Cfr. POLANYI, *La gran transformación*, cit., pp. 223 y 282.

(59) Cfr. Ibidem., 104.

(60) Por todos: "El Estado social [...] se constituyó en la intersección del mercado y el trabajo" (CASTEL, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, cit.,

sociales ante los sistemas de trabajo basados en la autonomía de las partes, fue una experiencia común en todos los países donde la inactividad del Estado desprotegía a las grandes mayorías oprimidas por sistemas de remuneración, trabajo y descanso indignos de la condición humana libre y civilizada(61).

Este movimiento no fue una acción concertada por los enemigos de las nuevas doctrinas: más bien, fue un contra-movimiento social para controlar la acción del mercado respecto al trabajo y a la tierra. Esta fue la principal función del intervencionismo estatal. Y es así como surgen en países con ideologías tan diferentes como las de la Inglaterra victoriana, o la Prusia de Bismark o el Imperio de los Hasburgo, leyes sobre accidentes de trabajo, inspección en fábricas y comercio municipal, para extenderse luego a límites en las jornadas de trabajo, derecho a descansos diarios, semanales y anuales, etc.(62). Fue así como, a partir de una normativa dispersa y variada orientada a garantizar una retribución y unas condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana y las exigencias del renuevo de las generaciones y del desarrollo de la civilidad, los países europeos ponen en marcha una *legislación de trabajo*, que a partir del siglo XX se convierte en una rama autónoma del ordenamiento: *el Derecho del trabajo*(63).

Tras varias décadas de expansión, asistimos en la actualidad a un fenómeno similar de mercantilización del trabajo y de la vida humana en general. Por tanto, los argumentos para desechar la acción estatal en cuestiones laborales no son nuevos. Por eso, es necesario abrir nuevos caminos

---

p. 22). Sobre la función de la familia en la sociedad ver ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael, El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia, EUNSA, Pamplona, 1998.

(61) Cfr. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., pp. 394 y ss.

(62) Cfr. HEPPLE, Bob, *La formación del derecho del trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, trad. José Rodríguez de la Borbolla, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994. POLANYI, *La gran transformación*, cit., p. 241. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., p. 410 (notas 323 y 349). Para el caso de España ver: PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo*, 1873-1923, Akal, Madrid, 1980. MARTÍN VALVERDE, Antonio, "La formación del Derecho del trabajo en España" en *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, especialmente el primer capítulo.

(63) Cfr. por todos MARTÍN VALVERDE, "La formación del Derecho del trabajo en España", cit. pp. XVIII-XXXI. Sobre la especialidad del Derecho del trabajo remito a las reflexiones de ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., p. 13-27.

para que el crecimiento económico se asiente en el desarrollo humano de quienes son agentes productivos de esa riqueza. El intervencionismo estatal que sustituye la iniciativa privada se ha demostrado insuficiente y opresor de las libertades básicas, pero la inhibición del Estado en la regulación de la vida social también ha tenido perjudiciales consecuencias sociales: hemos de aprender las lecciones que nos brinda la historia reciente. Por tanto, se trata de poner en marcha un sistema que combine el trabajo libre, la libertad de empresa y la participación de los trabajadores, para que estos presten sus servicios no como simple *fuerza de trabajo*, sino como *fuerza cultural*. Para lograr estas metas es necesario que el mercado sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad(64). De allí que se requiera una acción estatal eficaz en materia de inspección para consolidar la vigencia del Derecho del trabajo(65).

6. EL CONTRATO DE TRABAJO: INSTITUCIÓN MADRE DEL DERECHO DEL TRABAJO Y MECANISMO JURÍDICO DE PROTECCIÓN SOCIAL

El objeto social del Derecho del trabajo es el trabajo "realizado voluntariamente en utilidad de un tercero para obtener de este un bien a cambio"(66). Esta caracterización económico-social del trabajo lleva en germen una significación jurídica, que solo por mediación de la técnica jurídica puede transmutar en una categoría jurídica. Ese tránsito, que es el auténtico proceso generador del Derecho del trabajo tuvo lugar con la invención de una institución jurídica fundamental: el contrato de trabajo, "que presta forma jurídica a lo que hasta entonces era simple sustancia social, apenas normada por el esbozo de legislación que suponían los preceptos de los códigos civiles dedicados a la regulación del arrendamiento de servicios"(67).

(64) Cfr. JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, n. 40.

(65) La experiencia española nos puede servir de referencia. La doctrina académica de ese país no duda en afirmar que "al lado de la tutela genérica que el Estado ejerce sobre los trabajadores a través de un órgano –la Inspección de Trabajo– sin el cual no hubiera nacido el Derecho del trabajo, o se hubiera limitado a ser un conjunto de meros principios programáticos". MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y trabajo,* Civitas, Madrid, 1997, p. 34.

(66) Ibidem., p. 21.

(67) Ibidem., pp. 21-22.

El contrato de trabajo surgió como contrato normado o socializado que, al imponer sustanciales limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, impidió "la disolución de las primeras normas proteccionistas del trabajo en un magma ético-jurídico en el que convivían promiscuamente las medidas de policía, los propósitos filantrópicos y las instituciones de beneficencia"(68). Se configuró, más bien, como un negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuito personae*) a otra persona (empresario) durante un cierto tiempo, percibiendo a cambio una remuneración(69), que lleva aneja la atribución del "poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario la destine"(70). Nace así la subordinación del trabajador en dos dimensiones: por un lado, la atribución básica, que es puramente patrimonial y, por otra, la atribución derivada o instrumental de carácter personal, que faculta al empresario a ordenar y dirigir la prestación de trabajo(71).

Esta doble cesión es sustancialmente distinta a la que se realiza en el ámbito civil, porque en los contratos de compraventa y de arrendamiento "la realización de la prestación a cargo del vendedor o del arrendador no es posible sin un empleo de bienes e implica siempre un cambio definitivo o provisional de la situación de la propiedad, ya que se cede esta misma o se cede su disfrute"(72). En cambio, el contrato de trabajo no implica ese cambio de situación: el cumplimiento del contrato laboral no exige una sucesión económica en favor del empresario porque lo esencial del contrato no consiste en la cesión por el trabajador de algo perteneciente a su patrimonio, sino en la *obligación de realizar un trabajo en forma subordinada*. El trabajador "no cede bienes, sino energías; no presta nada que pertenezca a la propiedad de una persona, sino algo que emana de su ser"(73).

---

(68) Ibidem., p. 31.

(69) Cfr. Ibidem., pp. 22-23. Por esta razón, el trabajador es "siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo". MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, cit., p. 23.

(70) Ibñidem, p. 28.

(71) Cfr. Loc. cit..

(72) BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, cit., p. 31.

(73) Cfr. Ibidem., p. 32.

Además, los contratos no son nunca producto exclusivo de la voluntad de las partes, menos aún cuando no se trata de un contrato atípico, sino de un contrato nominado como el de trabajo, que se configura en la conjunción de normas heterónomas y autónomas. La autonomía de la voluntad, es decir, la potestad creadora de las partes debe enmarcarse en el ámbito establecido por la normativa constitucional y legal. Esta es la razón por la cual tan pronto se establece el vínculo laboral entre un empresario y un trabajador, a esa relación jurídica individual de trabajo se le incorporan todas las prescripciones del Derecho necesario, como son la jornada máxima, la remuneración mínima, seguridad social, etc.(74).

Esta simbiosis de aspectos personales, patrimoniales y normativos permite distinguir una triple dimensión en la relación jurídica que origina el contrato de trabajo: a) la personal u obligacional; b) la económica o con efectos patrimoniales(75) y; c) la normativa, que fija los mínimos de derecho necesario a través de los mecanismos legales tradicionales y de la fuente típica del Derecho del trabajo, que es el convenio colectivo.

El alcance de las dimensiones personal y patrimonial no ha generado dudas en la doctrina académica, aun cuando no emplee esta terminología(76). En cambio, se cuestiona el carácter irrenunciable de los beneficios contenidos en un convenio colectivo mediante pacto individual, por no haber sido recogido expresamente en la Constitución(77). Sin embargo, el carácter irrenunciable de los beneficios establecidos por Constitución y la ley (artículo 26°.2 de la CP) tiene su complemento en la fuerza vinculante del convenio colectivo (recogido en el artículo 37°.1 de la Constitución española y en el artículo 28°.2 de la CP)(78), cuyo desarrollo legislativo

(74) Cfr. Ibidem., p. 19.

(75) Cfr. BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual de Derecho del trabajo*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1974, Vol. 11, p. 408.

(76) Cfr., por todos, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho laboral,* Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 93.

(77) Critica esta postura, siguiendo a Neves Mujica, pero deja abierta la posibilidad de su aplicabilidad (Ibidem, p. 86).

(78) El convenio colectivo es la norma especial típica del Derecho del trabajo, tanto en nuestro derecho como en el comparado, "que emerge del poder normativo conjuntamente ejercido por los representantes de los trabajadores y por los empresarios o por estos mismos; un poder ejercitado a través de lo que la Constitución, en su artículo 28°.2, reconoce, y encomienda a la ley que garantice, como "el derecho a la negociación colectiva laboral",

establece que "modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador" (artículo 43°.a del Decreto Supremo N° 010-2003-TR). El silencio de la Constitución en este último extremo no significa, como se ha interpretado erróneamente, que pueda renunciarse por contrato individual a los beneficios establecidos en el convenio colectivo aplicable. Más bien, debería seguirse la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, según la cual "de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37°.1 de la Constitución española CE [artículo 28°.2 de la CP]"(79).

Volviendo al hilo de nuestra argumentación, solo resta afirmar que las relaciones jurídicas normativas anejas a la celebración del contrato de trabajo son las que permitieron que el trabajador subordinado superase la simple "condición" de asalariado y adquiriese el "estatuto" de trabajador asalariado. La "condición" carece de específica relevancia jurídica porque no existen normas generales que la protejan y regulen(80). Por el contrario, el "estatuto" se configura por una protección jurídica "blindada", que somete a sus disposiciones a la autonomía de la voluntad(81). Por esta razón,

---

que tiene el convenio con "fuerza vinculante" como objeto y finalidad". De tal modo, que el convenio colectivo es un contrato normativo o una norma (de origen) contractual: "es un híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato" (Carnelutti), "un negocio jurídico del que emanan no solo derechos subjetivos, sino también Derecho objetivo" (Mitteis)" (ALONSO OLEA, Derecho del trabajo, cit., pp. 825-826).

(79) Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 105/1992 [Repertorio del Tribunal Constitucional (RTCE) 1992, 105], reafirmada en repetidas oportunidades, ver, por todas, STCE 238/2005, (RTC 2005, 238). Cuestión distinta es que los sujetos negociadores –empresarios y representantes de los trabajadores– pacten nuevas condiciones o renuncien a algunas.

(80) Por eso, los derechos en una locación de servicios son únicamente los pactados en el contrato y las normas del Código Civil tienen carácter supletorio. Ver, por ejemplo, las disposiciones de los artículos 1767° y 1768°.

(81) Cfr. GARCÍA DE HARO, Ramón, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 151 y ss.

el contrato de trabajo se convirtió en un instrumento de protección social que permitió al asalariado gozar de un reconocimiento jurídico-social.

7. LA SUPERACIÓN DEL *DO UT FACIAS* CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Pero además, y esto es lo más importante, el contrato de trabajo supera la tipificación de contrato de cambio: de aquel *do ut facias,* en la que una de las partes se obliga a prestar un servicio de tipo personal (trabajador) y la otra, que es la que contrata el servicio (empleador), a remunerarlos. Esta superación se consigue en razón de las relaciones jurídicas que se siguen a la celebración del contrato, con independencia de la voluntad de las partes, que hemos mencionado en el apartado anterior[82]. Por tanto, el contrato de trabajo da origen a cuatro tipos de relaciones jurídicas[83]:

a) *De cambio:* son las propiamente contractuales[84] y se materializan con la incorporación del trabajador al negocio o empresa del empleador[85]. Originan los deberes personales (poder de dirección y disciplinario *vs.* obediencia), los patrimoniales (remuneración *vs.* prestación del trabajo) y las facultades para extinguir la relación en caso de incumplimiento o imposibilidad de continuar con ella (despido/renuncia/causas objetivas que justifican el cierre de la empresa).

b) *De participación:* estas relaciones se integran con la relación de cambio, en la medida en que el contrato se ejecuta en la organización de

---

[82] Sobre la superación del *do ut facias* contractual para alcanzar los fines del contrato de trabajo, vide MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, cit., pp. 33 y ss.

[83] Montoya Melgar los califica como: "relaciones de participación, las relaciones de conflicto y las relaciones de tutela. Estos tres grupos de relaciones atienden necesidades que el contrato de trabajo no puede solucionar por sí mismo". Cfr. Ibidem, p. 33.

[84] "La relación de trabajo no es susceptible de reducirse a una relación de cambio del Derecho de contratos, pues su esencia radica en comprometer al trabajador en una serie de relaciones personales (deber de fidelidad, de protección), que no es lícito someter a las reglas de los negocios patrimoniales" (GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., p. 55).

[85] De acuerdo con el artículo 17° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el empleador puede ser persona natural, pero la prestación del servicio del trabajador es en beneficio de un negocio y no de la persona física del empresario.

una persona jurídica. Estas vinculaciones jurídicas permiten al conjunto de trabajadores "el derecho a intervenir en la organización de la empresa, compartiendo con el empresario facultades tradicionalmente reservadas a este"(86). De allí que puedan y deban participar en órganos empresariales de gestión o consulta. La Constitución vigente reconoce que las formas de participación del trabajador en la empresa no se agotan en la participación en las utilidades (artículo 29°).

c) *De tutela:* son las que se establecen entre el trabajador y el Estado, directamente o por intermedio del empresario. Regulan aspectos sustanciales del orden social, como son los deberes y derechos en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, créditos laborales, formación profesional y actividad sindical.

d) *De solución de conflictos:* las situaciones de controversia o disidencia entre empresarios y trabajadores son integradas en instituciones procesales o extraprocesales, como son el arbitraje, la conciliación y mediación, la huelga y el cierre patronal, con el fin de solucionarlas(87). Esta formalización es de orden público y se tiene acceso a ellas por mandato de las normas específicas que corresponden a cada institución y que resultaría ocioso enumerar en esta oportunidad.

Estos cuatro tipos de relaciones jurídicas no se originan en el ámbito del trabajo independiente ni en las relaciones comerciales entre empresarios, sean estos personas naturales o jurídicas, puesto que la relación de dependencia que se crea no afecta directamente el ámbito *personalísimo* de libertad y dignidad de la persona. Por otro lado, se debe resaltar, que el nacimiento de estas relaciones solo es posible porque existe una *conexión de negocios* entre las partes que celebran el contrato de trabajo. Esta *conexión* permite establecer la obligatoriedad de la negociación colectiva en determinados supuestos, así como la facultad administrativa de inspección y control sobre los contratos de trabajo celebrados.

(86) MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, cit., p. 33.

(87) Ibidem., p. 35.

8. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA TEORÍA DE LA CONEXIÓN DE NEGOCIOS

El artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL) establece que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado". Esta presunción hunde sus raíces en el antiguo artículo 3º de la Ley española de contrato de trabajo de 1944, según la cual, de comprobarse la existencia de unos determinados hechos, se inferían unas determinadas consecuencias jurídicas, en concreto, las que se siguen a la celebración de un contrato de trabajo, aun cuando no hubiese mediado estipulación escrita ni verbal en este sentido(88).

En el Derecho español la doctrina académica considera que el artículo 8º.1(89) del Estatuto de los Trabajadores contiene una definición del contrato de trabajo y no una presunción(90), porque se limita a recoger los requisitos establecidos en el artículo 1º.1(91) para determinar el ámbito de aplicación de la norma. Esta crítica no es aplicable a nuestro Derecho porque no tenemos una norma similar a la del artículo 1º.1 del Estatuto de Trabajadores, puesto que el artículo 3º de la LPCL se limita a señalar que su ámbito de aplicación "comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada". Más aún, la jurisprudencia extiende esta presunción a favor de los trabajadores al servicio del Estado que prueben la existencia de los elementos del contrato de trabajo en la prestación de sus

(88) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús M., SEMPERE NAVARRO, Antonio V., RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, p. 55.

(89) "El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra". Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél" (artículo 8º.1 del ET).

(90) Cfr. MONTOYA MELGAR *et al.* , *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 55.

(91) "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

servicios, aun cuando la administración no formalice debidamente esa contratación[92].

La aplicación del principio de primacía de la realidad lleva a reconocer la existencia de un contrato de trabajo en toda prestación de servicios personales, remunerados y subordinados. Esta presunción *iuris tantum* opera de pleno derecho, pero admite prueba en contrario. La presunción se extiende tanto respecto a la existencia del contrato como al del plazo, que se reputa a tiempo indeterminado. Por tanto, sin menoscabo de que las partes puedan pactar "libremente"[93] que el plazo sea fijo o indeterminado, el legislador orienta la protección hacia la presunción de la indeterminación del contrato. Por otro lado, se pueden celebrar, sin limitación alguna, contratos a tiempo parcial[94], con la única exigencia que sean por escrito. Estos contratos podrán ser, a su vez, a plazo fijo o indefinido.

En cualquier caso, nuestro Derecho regula *un contrato de trabajo* y no una simple relación de hecho. Su objeto, a la luz de la teoría general de los contratos, es el de *crear, regular, modificar o extinguir obligaciones relacionadas con la prestación personal de servicios* (artículo 1402° del Código Civil),

---

(92) "Que, si bien la demandada sostiene, que al ser una entidad del Estado no solo debe observar las normas del régimen privado para la contratación de un trabajador sino también que dicha contratación cuente con la manifestación de voluntad de la autoridad competente, previsión del puesto en el cuadro para asignación del personal de la entidad y previsión presupuestaria, queda claro que en el caso de autos se contrapone a este alegato el hecho que la emplazada libre y voluntariamente aprovechó los servicios personales prestados por el accionante bajo su dirección y subordinación abonándole una contraprestación dineraria en forma periódica lo que denota su absoluto consentimiento en la contratación del demandante y por tal razón la inobservancia por aquella de las formalidades a las que alude cuya cautela y cumplimiento solo eran de su competencia, por su naturaleza de orden de administración interna no puede perjudicar el derecho del demandante a gozar de los beneficios y derechos sociales que le corresponde no solo porque ello significaría atentar contra el principio de irrenunciabilidad de derechos que recoge el inciso tres del artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado, sino porque además nadie ni aún el Estado –al no reconocérsele dentro del proceso judicial bajo el principio de igualdad ningún privilegio distinto al que goza un particular– puede beneficiarse de su hecho propio al importar una forma de omisión abusiva del ejercicio del derecho que proscribe el artículo II del Título Preliminar del Código Civil" (Casación N° 1507-2004-Lima).

(93) Artículo 4° de la LPCL.

(94) Loc. cit.

que han de ser lícitas y posibles (artículo 1403º del Código Civil). Por lo tanto, los servicios que se pacten en un contrato de trabajo han de ser lícitos y físicamente posibles y no deben contravenir las normas de la ley y de las buenas costumbres[95]. Además, la celebración y ejecución del contrato de trabajo evidencian que se trata de un contrato[96]:

a) *Consensual*, porque se perfecciona por el acuerdo de voluntades, es decir, por el solo consentimiento en que el trabajo sea prestado en forma personal, subordinada y dependiente.

b) *No solemne* porque no requiere forma especial: puede ser verbal, y de hecho lo es cuando se pacta en forma indefinida. La inobservancia de la forma en los casos establecidos por ley –tiempo parcial[97], sujeto a modalidad[98]– lleva a presumir que el contrato se ha celebrado a jornada completa o a plazo indefinido respectivamente y no que no se haya celebrado el contrato.

c) *Personalísimo*, del tipo *intuito personae*. La posibilidad de sustitución, remunerada o no, contradice este carácter personalísimo de la prestación del trabajador y, por tanto, de la existencia del contrato de trabajo. En los casos en que el empresario admita la sustitución, la relación jurídica se establecerá entre el empresario y el sustituto, por un nuevo y distinto contrato de trabajo[99].

d) *Bilateral y recíproco* pues se establecen obligaciones para ambas partes: a la prestación de servicios subordinados corresponde una remuneración. La idea de cambio (servicio *vs.* retribución), sobreentendida en el texto, es la que permite reconocer la reciprocidad de prestaciones que está en la base de todo contrato, la existencia del cual se confirma, por lo demás por la voluntariedad, que se presume en todo consentimiento.

---

(95) Artículo V del Código Civil. Para un estudio en profundidad de esta cuestión remito a PACHECO ZERGA, Luz, "La aplicación del Derecho en el caso 'Mesalina'", Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, Thomson-Aranzadi, Nº 16 , Navarra, 2005.

(96) Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 23ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 58.

(97) Artículo 4º de la LPCL.

(98) Artículo 72º de la LPCL.

(99) Cfr. ALONSO OLEA/CASAAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 57.

e) *Conmutativo* porque la medida de la obligación de una de las partes es igual al cumplimiento que la otra haga de la suya. Sin embargo, esto no equivale a una igualdad aritmética, más aún existe una desigualdad de deberes, proveniente de una desigualdad de condición real, que es característica de la justicia social.

f) De *tracto sucesivo* porque sus efectos se van cumpliendo con el transcurso del tiempo, no surgen todos de una vez en el momento de la contratación como sucede, por ejemplo, con la compraventa. Esto implica que en caso de resolución no se cumple la ficción jurídica de que el contrato no ha existido nunca, porque los efectos cumplidos no pueden borrarse.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del contrato de trabajo no se agota en el aporte de la doctrina académica civilista. El carácter suí generis del contrato de trabajo lleva a descubrir una realidad poco analizada por la doctrina académica hasta la fecha: nos referimos a la *conexión de negocios* entre trabajador y empresario que se realiza por medio del contrato de trabajo(100). La visión del ciudadano-trabajador del siglo XXI y las exigencias del respeto a su dignidad han sido desarrolladas tanto por la doctrina constitucional como por la laboral y la sociología(101). La paulatina interiorización del deber de tutelar la personalidad del trabajador, ha llenado de contenido nuevo la tradicional imagen de una mera relación patrimonial de cambio.

La sociedad civil y el mundo jurídico conciben el trabajo más como una *relación social*, que como un simple intercambio de trabajo por salario. Cada época histórica concibe el trabajo según su código cultural. En la economía rural encontramos al *siervo*, que se convierte en el *operario*, en la economía industrial: ambos se caracterizan por la subordinación y el poder de mando de quien contrata los servicios. La modernidad, en cambio, universalizó el sentido profesional de la vida, pero parece haber olvidado el sentido cultural del trabajo(102). La época actual, denominada "posmoderna",

(100) Cfr. GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., p. 115.

(101) Ver, por todos, DONATI, *Il lavore che emererge. Prospettive del lavoro como relazione sociale in una economia dopo-moderna*, cit., pp. 222-223.

(102) "La actividad a través de la que el hombre da forma al mundo es el trabajo. A través del trabajo la realidad externa es transformada y se convierte en un mundo para el hombre. Por el trabajo el hombre adapta la materia del mundo a las propias necesidades,

nos presenta una nueva figura: la del *trabajador como sujeto civil,* es decir, la persona humana como sujeto activo en una sociedad de tipo relacional, caracterizada por una economía de la información y del servicio(103).

Las nuevas tendencias en el gobierno de personas en las organizaciones, confirman esta afirmación, puesto que se orientan al fortalecimiento de las relaciones personales. Para lograrlo, se motiva a los trabajadores para que se adhieran a los objetivos y valores de la organización, participando de una *moral de equipo* y de una *cultura de empresa*. De este modo, no solo se reconcilia lo económico con lo social, sino que se da primacía a los aspectos auténticamente humanos de las relaciones que origina el contrato de trabajo(104).

Estas exigencias laborales, como lo hizo notar Alonso Olea hace unos años, deben ser objeto de una sana crítica, para no retroceder hacia antiguos servilismos o caer en sectarismos fanáticos(105). También es requisito indispensable, para conseguir esta unidad organizacional, que el empresario refuerce su compromiso a favor de los trabajadores, "respetando un código ético que va más allá de las estrictas obligaciones jurídicas",

---

pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. Más bien, desvela y reconoce ese sentido, que es el puesto por el Creador. Comprendiendo el sentido del mundo, el hombre capta mejor su propio ser. Todo trabajo, porque el hombre es un ser inteligente comporta esfuerzo y contemplación, pues el hombre tiende en su hacer a la belleza y a la verdad. Esta es una diferencia esencial con la actividad de los animales al transformar el mundo. el instinto de conservación impulsa al trabajo, pero, a la vez, lo trasciende porque experimenta en esa actividad su propia dignidad" (BUTTIGLIONE, *La persona y la familia*, cit., pp. 168 y ss).

(103) DONATI, *Il lavore che emererge. Prospettive del lavoro como relazione sociale in una economia dopo-moderna*, cit., pp. 222-223.

(104) Sobre la motivación del trabajador y su influencia en los resultados económicos de la empresa ver FERREIRO, Pablo y ALCÁZAR, Manuel, *Gobierno de personas en la empresa,* Universidad de Piura, Lima, 2001. En el mismo sentido opina, aportando datos especializados, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, p. 24.

(105) "No vayamos a ir sin darnos cuenta a lavados de cerebro en donde resulte que se trabaje en el convencimiento tan íntimo como falso de que lo que se manda, a quien se le manda, es siempre lo justo y lo conveniente". ALONSO OLEA, Manuel, "La empresa desde el punto de vista social, en *La Empresa*, Madrid, 1962, pp. 197-198, citado por MONTOYA MELGAR, La buena fe en el Derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número, p. 33.

que puede concretarse en el deber de acentuar "su actuar de buena fe, proporcionando mejor información a los trabajadores, delegando más sus funciones, estableciendo programas de participación en los beneficios y en la gestión"(106).

A la vez, el derecho del trabajador a ser tratado con la consideración debida a su dignidad, no significa una puerta abierta para la *inflación* de sus derechos, porque así solo se conseguiría la inviabilidad de la empresa y, a la postre, la decadencia social. Acertadamente se ha dicho que "la dignidad del ser humano no consiste en que cada uno de nosotros exija sus derechos y todo le parezca poco para afirmar su personalidad, sino, sobre todo, en que asuma sus deberes como persona y como ciudadano y se exija a sí mismo un cumplimiento permanente. Los derechos deben ser los canales institucionales que permitan la realización de los deberes"(107).

Además, el trabajador, si bien puede llegar a identificarse con los objetivos de la organización en la que trabaja, no pierde por ello sus propios intereses ni fines. Se integra voluntariamente en la empresa, "instituto jurídico con vocación de permanencia", diferente a "las personas que en ella se integran", para aportar "sus conocimientos, sus esfuerzos o su capital"(108), y alcanzar así su propio proyecto personal(109). La misión de la empresa, por tanto, no se agota en su función económica, sino en la que ha destacado la jurisprudencia social: la de constituir "un valor superior en el que se integran otros", siendo este valor superior que "se debe salvaguardar como el más alto de todos", el "de la dignidad del hombre que trabaja"(110).

De allí que trabajo y empresa sean realidades interdependientes. El contrato de trabajo da origen a la relación jurídico-laboral, pero la empresa

(106) Cfr. Ibidem, p. 29 y la bibliografía citada a pie de página.

(107) ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 185-186.

(108) Sentencia del Tribunal Supremo Español (STSE), 9 de marzo de 1987 (Registro de Jurisprudencia Aranzadi (RJ) 1987\1355).

(109) Todo trabajo incorpora un proyecto de desarrollo personal. Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 45-47.

(110) STSE de 26 abril 1988 (RJ 1988\3027). Se pronuncian en el mismo sentido las SSTSE del 20 de marzo, 3 y 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985\1352, RJ 1985\6041 y RJ 1985\6146); 20, 25 y 27 de enero de 1988 (RJ 1988\22, RJ 1988\42 y RJ 1988\59).

es la condición de posibilidad de esa relación jurídica. Empresario y trabajador asumen mutuos deberes y derechos al celebrar el contrato de trabajo y, como fundamento de todos ellos, el de tratarse con el respeto que exige la dignidad humana. Por tanto, el dinamismo del deber de buena fe, exige que el ejercicio de los derechos sea correlativo al cumplimiento de los deberes(111).

Aplicando estos criterios económico-sociales y jurídicos podemos terminar afirmando que el contrato de trabajo *es uno de cambio, con elementos personales, patrimoniales y normativos, que obliga al trabajador a la prestación personal y subordinada de sus servicios por un cierto tiempo y a cambio de una remuneración, que debe ser pagada por el empresario, estableciendo así una conexión de negocios –el del empresario con el del trabajador– con un fin común: el de la empresa*(112).

Superar la reducción del contrato de trabajo a simple relación patrimonial de cambio y armonizar los derechos y deberes que surgen con motivo de la celebración del contrato de trabajo es condición necesaria para potenciar los elementos personales del contrato de trabajo, sin detrimento de la unidad de dirección. Renovar la concepción del contrato de trabajo desde esta óptica puede ser un mecanismo útil para compaginar las leyes del mercado con el respeto debido a la dignidad humana del trabajador.

---

(111) "No es apropiado sostener "como una cuestión de lógica jurídica" que el deber es anterior al derecho (o viceversa). Pero cuando se trata de explicar las exigencias de la justicia, lo cual hacemos refiriéndonos a las necesidad del bien común en sus distintos niveles, hallamos que hay razón para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia, desempeña un rol más explicativo y estratégico que el concepto de derechos. No por eso tiene menor importancia o dignidad el concepto de derechos, pues el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo beneficio, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye un derecho porque les es exigido a esos otros en justicia" (FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 239).

(112) Sobre el negocio de fin común superador del puro negocio de cambio, ver GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, cit., pp. 222 y ss. En este sentido parece orientarse parte de la doctrina científica al afirmar que la especial relevancia de la buena fe en el contrato de trabajo, "tiene su principal razón de ser en el hecho de que, junto a la innegable sustancia patrimonial del contrato (cambio de trabajo por salario, dicho en breve), poseen una alta significación los factores personales, especialmente el trabajador, por definición, persona física" (MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, p. 19).

9. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Civitas, Madrid, 1995.

———, *Introducción al Derecho del trabajo*, 5ª ed, Civitas, Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

———, *Derecho del trabajo*, 23ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, Eunsa, Pamplona, 1998.

———, "Sobre el humanismo", en *Empresa y Humanismo* I, Nº 1, Pamplona, 1999, pp. 133-135.

BALLESTEROS, Jesús, *Ecologismo personalista*, Tecnos, Madrid, 1995.

———, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos, Madrid, 1955.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual de Derecho del trabajo*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1974.

BUTTIGLIONE, Rocco, *La persona y la familia*, trad. por Antonio Esquivias, Bioblioteca Palabra, Madrid, 1999.

CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. por Jorge Piatigorsky, Paidós, Buenos Aires, 1995.

DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, "Nueva función del trabajo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 62, Madrid, 1993, pp. 841-854.

DONATI, Pierpaolo, *Il lavore che emererge. Prospettive del lavoro como relazione sociale in una economia dopo-moderna*, Bollati Boringheieri, Torino, 2001.

ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, "Crítica de la subordinación", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº 116, Madrid, 2003, pp. 167-189.

FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, "Economistas y humanistas. Propuestas para un diálogo", en Ángel Marina García Tuñón (coord.), *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 134-136.

FERREIRO, Pablo y ALCÁZAR, Manuel, *Gobierno de personas en la empresa*, Universidad de Piura, Lima, 2001.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

GARCÍA DE HARO, Ramón, *Convenios colectivos y reglamentos de empresa*, Bosch, Barcelona, 1961.

———, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, Madrid, 1963.

GRIMALDI, Nicolás, *El trabajo: comunión y excomunicación*, trad. por Ana Corzo Santamaría, Eunsa, Pamplona, 2000.

HEPPLE, Bob, *La formación del Derecho del trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, trad. por José Rodríguez de la Borbolla, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

HERVADA, Javier, *Coloquios propedéuticos sobre el Derecho canónico*, editado por el Instituto Martín Azpilcueta y la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Navarra, 2ª ed., Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002.

ILLANES, José Luis, "Trabajo, productividad y primacía de la persona", en Teodoro López (edit.), *Doctrina Social de la Iglesia y realidad socioeconómica*, Eunsa, Pamplona, 1991.

JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, Ciudad del Vaticano, 1995.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 1979.

LUCAS MARÍN, Antonio y GARCÍA RUIZ, Pablo, *Sociología de las organizaciones*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1999.

———, "La formación del Derecho del trabajo en España", en *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Miguel Alfonso, "Estatuto epistemológico de la teoría económica", en Teodoro López *et al.* (edit.), *Doctrina Social de la Iglesia y realidad socio-económica*, Eunsa, Pamplona, 1991.

———, *Evolución del Pensamiento Económico*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

———, "Los orígenes de la teoría de la empresa", en *Empresa y Humanismo*, Nº 88, Pamplona, 2003, pp. 3-78.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *El manifiesto comunista*, Ayuso, Madrid, 1975.

MONEREO PÉREZ, José Luis, "Evolución y futuro del Derecho del trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la 'cuestión social'", en *Relaciones Laborales*, Madrid, 2001, pp. 197-254.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

———, *Derecho y trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

———, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

———, *La buena fe en el Derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *et al.*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005.

PACHECO ZERGA, Luz. "La aplicación del Derecho en el caso 'Mesalina'", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Nº 16, Madrid, 2005, pp. 11-27.

———, "La responsabilidad de los universitarios –en especial de los iuslaboralistas– ante los cambios en la cultura del trabajo", en *Aranzadi Social*, Nº 16, Navarra, 2004, pp. 77-86.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, Akal, Madrid, 1980.

———, "La función y refundación del Derecho del trabajo", en *Derecho del trabajo y razón crítica*, Caja Duero, Salamanca, 2004, pp. 37-49.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *El Derecho del trabajo (concepto, sustantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

PNDU, *Informe sobre Desarrollo Humano*, en http://hdr.undp.org/hdr2006/pdfs/report/spanish/Pagesfrom08Middlematter_ES-2.pdf (visto el 26 de agosto de 2007).

POLANYI, Karl, *La gran transformación*, trad. por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1989.

POLO, Leonardo. "La interpretación socialista del trabajo y el futuro de la empresa", en *Empresa y Humanismo*, Nº 2, Pamplona, 1991, pp. 1-21.

———, "Tener y dar", en *Estudios sobre la encíclica Laborem Exercens*, Acción Social Empresarial, B.A.C., Madrid, 1987.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22ª ed, Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 2003.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "La huida del Derecho del trabajo", en *Relaciones Laborales*, T. II, Madrid, 1992, pp. 85-92.

SÁNCHEZ PINTADO, Emilio, "La ley, el Derecho y la Economía", en *Empresa y Humanismo* V, Nº 1, Pamplona, 2002, pp. 119-137.

TERMES CARRERÓ, Rafael, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad*, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 1984.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

YEPES STORK, Ricardo y ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 6ª ed., Eunsa, Pamplona, 2003.

EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE PARIENTES

Róger E. Zavaleta Cruzado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relación de trabajo. 3. El trabajo familiar. 4. Trabajo entre parientes.

La acertada decisión de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) de publicar esta obra colectiva en homenaje a nuestro primer presidente y fundador, el doctor Luis Ernesto Aparicio Valdez, me propicia la oportunidad de colaborar con este trabajo para aunarme a tan merecido reconocimiento, en nombre propio y en el de los cultores de nuestra disciplina de esta parte del país. La Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo tuvo el singular privilegio de contar en su plana docente con el doctor Aparicio Valdez y de otorgarle la distinción de "Profesor Honorario" por sus personales dotes y por su invalorable aporte para el desarrollo del Derecho del trabajo y de la seguridad social en el Perú y su proyección internacional.

1. INTRODUCCIÓN

La Segunda Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad

Laboral (LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR y publicado el 21 de marzo de 1997, estableció, por vía de interpretación auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario y que tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios por el cónyuge[1].

A nuestro juicio esta disposición legal, introduce elementos de discriminación en el empleo entre los parientes y atenta contra los principios de igualdad de oportunidades y de irrenunciabilidad de derechos, establecidos en la Constitución y en normas supranacionales.

2. RELACIÓN DE TRABAJO

La negación de la existencia de relación laboral en la prestación de servicios entre parientes, renueva la vieja discusión doctrinaria orientada a determinar la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo; pues, juristas de nota se empeñaron en demostrar que la denominación de "contrato de trabajo" era falsa desde el punto de vista jurídico, en virtud de que el trabajo podía ser objeto de varios contratos diferentes: locación, empresa, sociedad, prestación gratuita.

Si bien entre el contrato individual de trabajo y los contratos civiles que tienen por objeto la prestación de servicios existen muchas analogías desde el punto de vista formal, también es verdad que las reglas de estos no pueden aplicarse a aquel, porque está regido por normas y principios generales especiales de protección al trabajador.

La relación laboral o relación de trabajo, "es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de

(1) El texto original de esta disposición correspondió al artículo único de la Ley N° 26563, que tuvo como antecedente a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 26513, de fecha 27 de julio de 1995, que también excluía de la relación de trabajo a la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado para una empresa de responsabilidad individual o de una persona jurídica, cuyo socio mayoritario condujera o no directamente el negocio.

derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias", sostiene Mario de la Cueva(2).

Siguiendo esta orientación, el artículo 20° de la Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada de México, dice: "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona a cambio de un salario". Agrega: "[el] contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma y denominación, es aquel en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario. La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos".

La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (Texto ordenado por el Decreto 390/76), en su artículo 21° establece que "habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres"; y, el artículo 22° de la misma ley establece que: "Habrá relación de trabajo, cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio a favor de otra, bajo la dependencia de esta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración cualquiera sea el acto que le dé origen".

Por consiguiente, mientras que el contrato individual de trabajo es el acuerdo por el cual el trabajador conviene en prestar servicios personales al empleador, en condiciones de subordinación y a cambio de una remuneración, la relación laboral, es la ejecución de ese acuerdo, por lo que puede existir contrato individual de trabajo, sin que exista relación de trabajo. De ahí que la Ley Procesal del Trabajo, obligue al actor a acreditar la existencia de la relación de trabajo y no el contrato de trabajo, porque es a partir del inicio de aquella que nacen las obligaciones y derechos, derivados de la ejecución del contrato.

(2) DE LA CUEVA, Mario, *Nuevo Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, México D.F., 1972, T. I, p. 185.

2.1. Elementos de la relación de trabajo

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los sujetos de la relación de trabajo, son el trabajador y el empleador; los elementos objetivos, la prestación del servicio y la remuneración; y el vínculo de subordinación.

Trabajador es la persona física o natural que presta a otra, física o jurídica, un trabajo personal subordinado, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio(3).

La distinción que se hacía en nuestra legislación, entre obreros y empleados, según el predominio del esfuerzo físico sobre el intelectual o a la inversa, ha desaparecido; y , más bien, atendiendo a su grado de responsabilidad, según el artículo 43° LPCL, los trabajadores se clasifican en:

- Trabajadores que desempeñan cargos de dirección, que son aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
- Trabajadores que desempeñan cargos de confianza , que son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado; así como aquellos cuyas opiniones o informes se presentan directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
- Trabajadores que desempeñan cargos distintos a los anteriores, dentro de los que están aquellos, cuyas labores no requieren nivel de preparación o experiencia previa, así como quienes siendo calificados no desempeñan cargos de dirección o confianza.

Empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, cuyas actividades dirige y remunera.

(3) Véanse: inciso b del artículo 3° del Código de Trabajo de Chile; artículo 8° de la Nueva Ley del Trabajo Reformada de México y el artículo 25° de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.

La prestación del servicio personal y subordinado constituye obligación principal del trabajador.

La remuneración es el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición[4]. Constituye la obligación principal del empleador.

La subordinación, desde el punto de vista jurídico-laboral, es la obligación de acatamiento de las órdenes que emita el empleador en relación con las actividades laborales que corresponden al trabajador. Por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para su ejecución y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador[5].

3. EL TRABAJO FAMILIAR

La familia es la "institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana", sostiene Sánchez Román, citado por Cabanellas y Alcalá-Zamora[6].

La expresión trabajo familiar se emplea para referirse a la energía, el tiempo y el desarrollo de destrezas necesarias para atender "las tareas del hogar y del cuidado de los hijos y de las hijas que deben realizar las familias para mantener el hogar y a sus miembros (Piotrkiwski y Hughes, 1993:191)".

En la investigación realizada por Maganto Mateo, Juana María; Bartau Rojas, Isabel y Etxeberria Margiondo, Juan, siguiendo a Vosler, se precisa la variedad de roles y tareas que comprende el trabajo familiar, entre las que cabe destacar las siguientes áreas:

---

(4) Artículo 6º de la LPCL.

(5) Artículo 9º de la LPCL.

(6) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Luis, *Tratado de política laboral y social*, 3ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 1982.

"a. El *rol de proveedor* que comprende las tareas relacionadas con la provisión de recursos básicos para la supervivencia de los miembros de la familia, incluyendo la alimentación adecuada, la higiene, la ropa y los cuidados médicos. En las sociedades industriales complejas el cubrir con éxito este rol depende de la organización de los sistemas de empleo y salarios, así como de viviendas apropiadas y otros servicios como por ejemplo los servicios de salud.

b. El *rol de liderazgo familiar* y la toma de decisiones en la unidad familiar. A través de la interacción de los miembros de la familia desarrollan un sentimiento de cohesión y van construyendo los modelos de funcionamiento interno, conjunto de creencias y normas que sustentan el funcionamiento de la familia. Este rol también implica el desarrollo de patrones de comunicación con miembros de la familia extensa, con amigos y compañeros de trabajo y otros grupos comunitarios. Este grupo de tareas ha sido identificado como crítico por diversos teóricos, centrándose en la importancia de una alianza parental y jerárquica (Hale, Minuchin Ver Walsh, 1982), el poder compartido (Beavers, 1982), la disciplina apropiada (Thomas y Olson, 1993) y el control del comportamiento (Epstein y otros, 1982).

c. El *rol de mantenimiento y organización del hogar*, incluye una variedad de tareas específicas tales como hacer la compra, preparar la comida, limpiar, lavar, fregar, etc., actividades repetitivas y cotidianas que con frecuencia consumen mucho tiempo y energía.

d. El *rol de cuidador* de los miembros dependientes que comprende las tareas dedicadas a los niños pequeños, ancianos y/o miembros discapacitados que requieren de cuidados médicos especiales, preparación de comidas, o ayuda para desplazarse, compañía, etc. Debido a que la edad media de vida en las sociedades industrializadas se ha incrementado en los últimos años, la atención y el cuidado de los ancianos adquieren especial relevancia.

e. El *rol de educador y supervisor* de los niños y adolescentes que incluye las tareas de crianza, de estimulación afectiva y cognitiva, la educación y la socialización. Estas tareas esenciales

> requieren un considerable conocimiento y habilidades para asegurar resultados satisfactorios. El cuidado de los niños y de los adolescentes incluye una variedad de tareas que surgen y cambian a través del ciclo vital familiar. El modelo de funcionamiento interno de cada familia subyace en la toma de decisiones en torno al cuidado de los bebés, las relaciones padres-hijos, los estilos de vida de la familia, la escolarización, las actividades extracurriculares, la participación de los niños en los procesos de toma de decisiones familiares, la estructura de roles, las reglas y normas y los patrones de comunicación"(7).

Cabanellas Torres y Alcalá-Zamora por su parte, sostienen que por la conveniencia de proseguir la profesión u oficio familiar, por la enseñanza o perfeccionamiento gratuito que se obtiene para continuar con la clientela formada o para proseguir con el usufructo del patrimonio o empresa de los padres, la familia incuba igualmente el futuro profesional o laboral de los hijos que por sus estudios, o por la contratación inicial en que los padres intervienen, emprenden sus actividades económicas. Sostienen los autores citados; y luego, agregan: "Lo expresado autoriza para declarar resumidamente, pues el tema es amplísimo, que la familia constituye empresa de vida, escuela para los hijos, forjadora de su espíritu, orientadora de su porvenir profesional, custodia de la tradición y del patriotismo, cuando no se erige, por disensiones internas o frustraciones conyugales, por estrecheces económicas o ambiciones excesiva, por rencores o persecuciones de clase, en corruptora de la prole, en ejemplo negativo de desidia, en propagadora del delito y en excitadora de las rebeldías y resentimientos sociales"(8).

Luisa Riva Sanseverino, afirma que la presunción general es que las relaciones entre el jefe de la unidad de producción o de trabajo y los miembros de la familia que con él, conviven y que con ella colaboran, existiendo o no cualquier contrato previamente estipulado, son relaciones que se

---

(7) MAGANTO MATEO, Juana M., BARTAU ROJAS, Isabel y ETXEBERIA MORGIONDO, Juan, "La Participación en el trabajo familiar: un reto educativo y social", en *Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa*, p. 160, en www.uv.es./RELIEVE.

(8) CABANELLAS DE TORRES/ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Tratado de política laboral y social*, cit., p. 35.

definen como obligación y derecho al sustento, así como prestaciones de interés familiar, entendido como tal una pluralidad de personas sobre bienes y servicios capaces de satisfacer necesidades comunes, las que pueden ser también de carácter económico.

Agrega que, "esta presunción, como es obvio, tiene en consideración la necesidad de salvaguardar la estructura familiar, evitando que cualquier causa de fricción o conflicto, conduzca a la conclusión de que el trabajo familiar, no se inserte, como regla, en el campo de aplicación del ordenamiento jurídico en examen, por cuanto el mismo presupone, siempre, por así decir, la existencia de relación antagónica como lo es la relación contractual de trabajo subordinado"(9).

Guillermo Cabanellas, citando a Barassi, sostiene que la subordinación también se encuentra en otros campos del Derecho, como por ejemplo en el Derecho familiar; pero, dice que esta subordinación difiere de la subordinación de la relación de trabajo, en que mientras esta es contractual, aquella es establecida por la ley. Agrega que "Por más que se considere la función del empresario asimilada en ciertos aspectos a la de un buen padre de familia, el concepto del pater familias y del jefe de empresa difieren fundamentalmente, ya que la organización familiar se funda en principios derivados de la naturaleza humana, con las exigencias propias de un sistema basado en el respeto y en la consideración que surgen de la sangre o del afecto; en tanto que, en el sistema económico que constituye la empresa, la función del jefe de esta nace de las necesidades de la producción, y la subordinación se impone, como exigencia propia de un sistema que requiere, como necesidad imperativa, la pérdida de una parte de la libertad para lograr con ello el mejor cumplimiento de aquella finalidad. Son, pues, dos conceptos que se diferencian aun mejor en la vida normal de relación, por los diversos caracteres de las instituciones a que pertenecen"(10).

Consideramos que las notas características que deben concurrir para identificar la existencia de trabajo familiar, son las siguientes:

a. Convivencia con el empresario.

(9) LA RIVA SAN SEVERINO, Luisa, *Curso de Direito do trábalo*, Edicoes L T R, Sao Paulo, 1984, p. 70

(10) CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de trabajo,* Parte general, T. I, p. 248.

b. Tarea orientada a la satisfacción de las necesidades de subsistencia de los miembros de la familia.

c. Comunidad de beneficios y pérdidas para el grupo familiar y no únicamente para el empresario.

d. Existencia de vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad, adopción y también puede añadirse el concubinato[11].

e. Inexistencia de ajenidad del servicio, de percepción de salario y de vínculo de subordinación laboral.

3.1. Exclusión del ámbito laboral

El inciso e del apartado 3 del artículo 1° del Estatuto de los Trabajadores, de España, establece que se excluyen del ámbito regulado por dicho cuerpo legal, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se consideran familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Manuel Alonso Olea, comentando este dispositivo dice que: "Si no media salario, la relación que liga a un miembro de familia con otros de ella que junto con él trabajan está excluida del Estatuto de los Trabajadores, con toda seguridad porque el contrato no es de trabajo, al difuminarse hasta desaparecer la ajenidad, subsumida en el complejo de relaciones familiares. Se trata de trabajo en cuyas utilidades participan directamente todos los miembros de la comunidad familiar: '[...] del negocio salía para todos el sustento y medio de vida', en la expresión de una sentencia; '[...] una comunidad de trabajo y de intereses, en cuyos beneficios y pérdidas todos participan, fundamentada en la unidad familiar convivencial', en la expresión de otra; 'falta la nota de amenidad [...] que no cabe apreciar cuando los frutos o resultado del trabajo prestado, se destinan a un fondo social o familiar común', según una tercera; todas ellas con antecedentes viejos, según los cuales 'el régimen de familia [...] impide [...] el contrato

(11) El artículo 5° de la Constitución de 1993, establece que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

de servicios'. No hay ajenidad en el 'trabajo, como integrante de las actividades culturales, sociales y económicas que rigen la vida familiar'"[12].

De acuerdo con la legislación y doctrina española se excluye del ámbito del Derecho del trabajo al trabajo familiar no asalariado; es decir, aquel que se realiza por los miembros de una familia que forman una comunidad de trabajo y de intereses, en la que todos participan directamente de los beneficios o de las pérdidas del negocio. Pero si se demuestra que el trabajo familiar es asalariado, las relaciones emergentes de esta situación jurídica, se enmarcan dentro del ámbito laboral.

Cabe añadir que el trabajo familiar, ha sido considerado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuando se señala que: "El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, es decir, padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos– también los cónyuges, pues son los parientes por afinidad– del trabajador autónomo, que sean mayores de 18 años y que colaboren con aquél de forma habitual, personal y directa realizando su trabajo dentro del marco de la actividad económica de su pariente autónomo deben incluirse en el RETA, salvo que se trate de personas que realicen dicha actividad como asalariados, por cuenta ajena sujetos a un contrato de trabajo. Se presume, además, que han de ser trabajadores autónomos estos parientes en los que concurren las características expuestas cuando convivan en el hogar del trabajador autónomo y estén a su cargo, salvo que exista prueba en contrario que acredite su condición de asalariados respecto del mismo"[13].

Teniendo en cuenta los antecedentes de la legislación y la doctrina comparada, la fórmula de exclusión del ámbito laboral del trabajo de los parientes, contenida en la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL[14] es errónea, ya que no distingue el trabajo familiar en sentido

---

(12) ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 14ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, p. 55.

(13) En www.gabilos.com/weblaboral/autonomos/textocuestiones1.htm, p. 1.

(14) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR. El artículo 56º de la Ley Nº 28015, Ley de Porción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, establece que 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 LPCL.

estricto del trabajo asalariado. El primero, por su propia naturaleza no genera relación de trabajo ni puede establecerse lo contrario mediante pacto entre las partes, en virtud del principio de primacía de la realidad, mientras que en el segundo caso, sí nos encontramos frente a una real relación de trabajo.

En este sentido, es importante considerar que el artículo 44º del Anteproyecto de la Ley del Empresariado(15) establece que cuando en el ejercicio de la actividad empresarial, el empresario recibe la colaboración de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, o de su cónyuge o conviviente, se entiende que se trata de una prestación de servicios de asistencia familiar y no de índole laboral u otra naturaleza, salvo pacto en contrario que conste de manera indubitable. Este numeral acoge la moderna corriente de opinión, con excepción de la salvedad de pacto en contrario que es ajena a la naturaleza propia del trabajo familiar.

Sira del Río, afirma que: "El trabajo familiar al no estar movilizado por una renta ni por un salario, sino por sentimientos de amor y protección pertenece a un plano de la realidad que permanece invisible para la economía de mercado y, por lo tanto, para la mayoría de la sociedad que identifica esta lógica como la única posible. Así siendo el trabajo de cuidados decisivo para el desarrollo de los seres humanos, aparece como desprovisto de valor. Se considera como una actividad privada que nada tiene que ver con el capitalismo, ni con el funcionamiento social, ni con la vida de los varones. Al reflexionar sobre una situación tan injusta y tan incomprensible es obligado preguntarse qué tipo de pensamiento subyace en nuestras sociedades humanas para que no tenga ningún valor, precisamente, el cuidado y el desarrollo de los seres humanos, que debería ser el objetivo fundamental"(16).

Orlando González Nieves sostiene que no hay relación laboral en los negocios unipersonales donde prestan servicios los parientes consanguíneos hasta el segundo grado (primer grado: padres e hijos del dueño del negocio; segundo grado, abuelos, nietos y hermanos del dueño del

(15) El Proyecto de Ley General del Empresariado signado con el Nº 2745, presentado el 01 de mayo de 2002, se encuentra en la Comisión de Justicia, en la Comisión de Industria, Comercio y Turismo y en la Comisión de la Pequeña y Microempresa, todas ellas del Congreso de la República.

(16) DEL RIO, Sira, *Trabajo asalariado y trabajo familiar*, en http://lahaine.Org/index.php?blog=2&p=21113.

negocio) salvo pacto en contrario, en cuyo caso ambas partes de la relación laboral, empleadores y trabajadores, tendrán los mismos derechos y obligaciones propios de una relación laboral común[17].

En este caso, hay que aclarar que no existe "relación laboral común", sino trabajo familiar que tiene características propias que no pueden desnaturalizarse por pacto en contrario celebrado por las partes.

4. TRABAJO ENTRE PARIENTES

Entre los parientes unidos por vínculos de consanguinidad, afinidad o adopción se pueden celebrar libremente contratos individuales de trabajo subordinado y remunerado, ejerciendo indistintamente las condiciones de empleadores o trabajadores. En este caso, la relación de trabajo fluye naturalmente, sin que sea necesaria la estipulación de pacto al respecto; pues, basta la presencia de la ajenidad de los resultados del trabajo, el pago de la remuneración y la existencia del vínculo de subordinación.

La Segunda Disposición Complementaria de la LPCL, es errónea, cuando al interpretar por vía auténtica, establece "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; y que tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge".

Del análisis de este dispositivo se desprende lo siguiente:

a. No se precisa cuál es el dispositivo legal que ha sido materia de la interpretación auténtica, por lo que hay que suponer que se trata del artículo 4º de la acotada ley, que en su primera parte establece que: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado". Entonces se ha complementado este dispositivo con la aclaración discriminatoria que contiene.

b. La norma interpretativa se refiere a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, vale decir padres, hijos, abuelos, nietos y herma-

(17) GONZÁLEZ NIEVES, Orlando, *Clasificación de los regímenes y contratos especiales de trabajo*, tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Trujillo, Escuela de Posgrado, Trujillo, 2007, p. 303.

nos, no se hace referencia a los parientes por adopción, ya que los hijos adoptivos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 377° del Código Civil, tienen los mismos derechos que los hijos consanguíneos, tampoco alude a los parientes por afinidad.

c. La misma norma se refiere a la prestación de servicios, sin indicar si son remunerados o no; pues, si no lo son, se trata de trabajo familiar cuya relación se encuentra al margen del ámbito del Derecho del trabajo, como se ha dejado establecido anteriormente.

d. En el supuesto de que se trate de servicios no remunerados ni subordinados y quienes los prestan conviven con el empresario o titular del negocio, no existe relación de trabajo, porque se trata de "trabajo familiar", condición que no puede modificarse por más que medie pacto en contrario, teniendo en cuenta su naturaleza objetiva.

e. En la hipótesis de que los servicios prestados por los parientes a que alude la disposición, sean remunerados y subordinados, existe relación de trabajo y no puede desnaturalizarse por el pacto en contrario estableciendo que se trata de "trabajo familiar", porque implicaría renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley.

f. La norma bajo análisis no hace distincion entre los parientes que convivan con el titular o propietario del negocio, y que por tanto integren un núcleo familiar y los que ya han constituido un núcleo familiar independiente. La situación de unos y otros es distinta, por lo que no puede dárseles el mismo trabajo, porque no es posible tratar por igual a los desiguales.

g. La aludida disposición textualmente señala que "tampoco genera relación de trabajo la prestación de servicios por el cónyuge" y en este caso ni siquiera se permite el pacto en contrario.

Nacimiento sostiene que: "La discriminación, en las más diversas relaciones entre las personas en la vida en sociedad, es un acto arbitrario no tolerado por las leyes, inclusive por las Constituciones, como exigencia de la dignidad del ser humano y del derecho al tratamiento igual, que no debe ser preterido en razón de determinadas circunstancias o factores que de ninguna manera pueden justificar tratamientos diferentes".

El Convenio Internacional de Trabajo N° 111, considerando que la Declaración de Filadelfia establece que todos los seres humanos, sin

distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; así como que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el inciso b de su artículo 1°, establece que a los efectos del Convenio, el término discriminación comprende, cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

El artículo 2° del mismo Convenio, dispone que todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados, a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato, en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

El inciso 1 del artículo 26° de la Constitución Política de 1993, prescribe que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, norma que ha sido desarrollada por la Ley N° 26772 de fecha 26 de marzo de 1997, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato (artículo 1°). El artículo 2° dice que se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

La discriminación por razón de parentesco se encuentra comprendida dentro de este dispositivo, cuando se refiere a motivos "de cualquier otra índole".

El artículo 3° prescribe que las personas naturales o jurídicas que incurran en actos de discriminación, deben ser sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, sin perjuicio de la indemnización a que

hubiere lugar; y el artículo 4º dispuso que el Poder Ejecutivo dictará las normas reglamentarias en un plazo no mayor de 30 días de la entrada en vigencia de la ley. Hasta la fecha no tenemos noticia de que alguien haya sido sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social por haber incurrido en discriminación.

Mariela Iquera, refiriéndose al tema materia de comentario, señala que en la legislación argentina se establece que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de esta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen(18).

El artículo 23º de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, prescribe que "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario"; es decir, que en este caso, a diferencia de la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL, la presunción es a favor de la existencia de relación de trabajo y no de negación, como ocurre con el dispositivo nacional.

La Cámara de Comercio de Lima (CCL) comenta la resolución de la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, recaída en el recurso de Casación Nº 1572-2003-Arequipa, que establece que el acreedor laboral (hijo del deudor), tiene mayor derecho a cobrar beneficios laborales respecto del acreedor bancario que cuenta con garantía hipotecaria inscrita en los registros públicos.

> "A consideración de la CCL, si se tratara de un trabajador –no pariente del deudor–, la sentencia de la Corte Suprema no tendría objeciones, pues el artículo 24º de la Constitución dispone que: "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador".

Agrega que: "El controvertido fallo de la Corte Suprema considera que para determinar quien cobra primero (el hijo o el banco), resulta intrascendente discutir sobre la validez del vínculo laboral. Con este argumento, ya no se requiere probar ¿si el hijo es o fue trabajador subordinado del deudor?, ¿figura o no en la planilla?, ¿cuál es o fue el monto de las

(18) IQUERA, Mariela, en www.estudioiquera.com.ar/Relaci%20entre familiares.

remuneraciones y de los beneficios sociales que se le adeuda?, entre otros requisitos que las leyes exigen para calificar una relación laboral subordinada entre parientes".

> "Para la Sala Suprema basta el 'acuerdo extrajudicial', suscrito entre el padre y el hijo, donde a este último se le reconoce un adeudo labor de US$ 20,000 suscrito después de un año de iniciada la ejecución judicial por parte del banco, según consta de la sentencia bajo comentario"(19). AELE, al comentar este fallo, sostiene que "Debe tenerse en cuenta que los derechos laborales considerados como derechos fundamentales de segunda generación, no tienen carácter absoluto, sino como todo derecho fundamental, deben ejecutarse necesariamente en armonía con el interés social"(20).

La congresista Dora Nuñez, presidenta de la Comisión de Trabajo, con fecha 12 de abril de 2005, presentó el Proyecto N° 12749-2004-CR, a fin de regular los contratos de trabajo entre parientes consanguíneos y entre cónyuges.

La CCL ha expresado que "el referido proyecto de ley se orienta a corregir una anacrónica limitación que vulnera la Constitución en perjuicio de los parientes que trabajan en las empresas del titular negándoles el legítimo derecho a percibir remuneraciones, beneficios sociales y acceder a la seguridad social y pensiones, que si perciben los trabajadores subordinados no parientes del dueño de la empresa"(21).

La propuesta legislativa para eliminar la discriminación referida a que el cónyuge y demás parientes trabajen en condiciones de subordinación en

---

(19) CAMARA DE COMERCIO DE LIMA, Nota de prensa del 11 de enero de 2006. Es indudable que la resolución de la Corte Suprema, en este caso, no se ajusta a la norma contenida en la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL; pues, consideró suficiente prueba del "pacto en contrario" el documento suscrito entre el padre y el hijo en el que aquel reconoce la existencia del adeudo por concepto de beneficios sociales a favor de este, sin que se haya aportado prueba que acredite la existencia de la relación de trabajo entre ambos, como se pone de relieve en el voto del vocal discordante.

(20) AELE, *Compendio Laboral,* Edición 2006, Lima, p. 210.

(21) NUÑEZ, Dora, Presidenta de la Comisión de Trabajo del Congreso, autora del *Proyecto de Ley No. 12749-2004*, presentado el 12 de abril de 2005. Nota de Prensa de la Cámara de Comercio de Lima.

la empresa del titular, se sustenta en el artículo 22° de la Constitución vigente que reconoce que el trabajo es un deber y un derecho y base del bienestar social y un medio de realización de la persona; en el artículo 23° que establece que 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; así como en cuanto señala que 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.

> "La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratada de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus característica como ser humano"(22).

La disposición que discrimina el trabajo subordinado y remunerado del cónyuge en el sentido de que no genera relación de trabajo, atenta contra el derecho fundamental al trabajo y a la percepción de los beneficios sociales y a la seguridad social que corresponde al trabajador.

De acuerdo con el artículo 312° del Código Civil, los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes la sociedad; asimismo, según el artículo 310° del mismo cuerpo normativo, son bienes sociales, entre otros los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión.

Entonces si la prestación de servicios subordinada y remunerada realizada por uno de los cónyuges no genera relación de trabajo, ¿qué tipo de relación genera?, ¿sería locación de servicios?

La CCL sugiere que a fin de no colisionar con lo dispuesto en el artículo 312° del Código Civil que "se deba exigir que los cónyuges acrediten que sus bienes están sujetos al régimen de separación de patrimonios y que el contrato de trabajo entre cónyuges constituye una excepción

(22) Sentencia del 31de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 2510-2002-AA/TC, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, Palestra, Lima, 2006, p. 21.

a la regla prescrita en la legislación civil"[23], lo que no constituye solución; pues, conforme al artículo 327° del mismo cuerpo legal, en este régimen cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes; y, los bienes adquiridos por mediante el trabajo de los cónyuges pertenecen a la sociedad de gananciales. Por su parte, González Nieves, manifiesta que, aún cuando su posición pueda ser polémica, sostiene que sí es posible la celebración de contrato de trabajo entre cónyuges, "si y solo si existe una escritura pública de separación de patrimonios debidamente inscrita en el Registro Personal de los Registros Públicos"[24].

El artículo 326° del Código Civil prescribe que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años consecutivos. Si esto es así, el trabajo subordinado y remunerado prestado por uno de los convivientes, siguiendo la misma lógica relacionada con los esposos, debería calificarse que tampoco genera relación de trabajo.

La actual situación de desempleo y subempleo en que se debate la juventud, impone la necesidad de que los padres creen sus propios centros de trabajo no ya como "trabajo familiar", sino para proporcionar a sus parientes ocupación remunerada y subordinada, en virtud de que, realizando denodados esfuerzos, logran que sus hijos alcancen una profesión; pero, al egresar de los centros superiores de estudio, se encuentran con la cruda realidad de no conseguir empleo.

> "El empleo es el corazón mismo de la misión de la OIT. Sin un empleo productivo resulta vano pretender alcanzar los objetivos de un nivel de vida digno, del desarrollo social y económico y

(23) Cámara de Comercio de Lima, Nota de prensa del 19 de abril de 2005.

(24) GONZÁLEZ NIEVES, *Clasificación de los regímenes y contratos especiales de trabajo*, cit., p. 304.

> del pleno desarrollo personal"[25], por lo que propugna la generación de trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. "Es la necesidad más difundida, que comparten los individuos, las familias y las comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo"[26].

Bajo esta óptica, los parientes consanguíneos hasta el segundo grado y el cónyuge que presten servicios "para el titular propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente" no deben ser discriminados para privárseles de los beneficios económicos y sociales derivados de la relación de trabajo, si no media pacto en contrario, por lo que consideramos que semejante disposición debe ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, por imperio del principio de primacía de la realidad que "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos", como acertadamente sostiene el maestro Américo Plá Rodríguez[27].

---

(25) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Memoria del Director General, Trabajo Decente", en *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión*, OIT, Ginebra, 1999, p. 24.

(26) Loc. cit.

(27) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR CON RESPECTO AL EMPLEADOR

Fernando ELÍAS MANTERO

SUMARIO: 1. Introducción al tema. 2. Delimitación de premisas básicas. 3. De la naturaleza de la relación entre trabajadores y empleadores y de la indemnización que se origina por daños causados por el primero al segundo sobre incumplimiento de sus obligaciones. 4. Diversas formas de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones laborales. 5. De la responsabilidad patrimonial. 6. Obligaciones del trabajador derivadas de la relación laboral. 7. La terminación de la relación laboral como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del trabajador. 8. De la reparación de los daños ocasionados por el trabajador a terceros como consecuencia de la ejecución de su prestación laboral para el empleador. 9. Eventual limitación a la responsabilidad patrimonial del trabajador con respecto a las obligaciones que le impone la relación de trabajo. 10. ¿Son aplicables las reglas del Código Civil relacionadas con el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador? 11. Competencia Judicial para conocer de eventuales demandas planteadas por el empleador contra el trabajador por el eventual incumplimiento de las obligaciones laborales. 12. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La relación que se genera entre trabajador y empleador, como consecuencia de su vinculación laboral, tiene diversos aspectos que crean deberes y obligaciones para ambos y cuyo incumplimiento puede originar una variedad de responsabilidades que no se limitan necesariamente al ámbito estrictamente laboral, las que deben ser analizadas tanto en forma independiente como en su conjunto, y prescindiendo de la forma como se inició la referida relación(1).

Hasta ahora la tendencia ha estado dirigida fundamentalmente a establecer la responsabilidad que le corresponde al empleador frente al trabajador por el eventual incumplimiento de sus obligaciones, sin dársele mayor importancia a la situación inversa, esto es a la generada por el trabajador con respecto al empleador. Resulta importante esclarecer entre otras cosas determinar si existe algún tratamiento especial por extensión del carácter protector del Derecho del trabajo y la existencia de una variedad de principios encaminados a sustentar esta característica, que toma como punto de partida la notoria diferencia que existe entre las partes en la relación laboral que se traduce en todos sus aspectos.

2. DELIMITACIÓN DE PREMISAS BÁSICAS

Para delimitar el tema debemos fijar algunas premisas básicas.

a. La responsabilidad que se genera entre los sujetos de la relación laboral es de origen contractual en atención a que la relación surge de un acuerdo de voluntades en el que pueden existir acuerdos expresos o tácitos (explícitos o implícitos)(2) que determinan las obligaciones

(1) La forma de iniciación de una relación laboral es fundamentalmente de dos clases. La primera es contractual cuando existe una manifestación expresa de la voluntad de iniciarlo lo que se da por lo general en horma verbal por la propia naturaleza consensual del contrato de trabajo, o escrita, cuando las partes de común acuerdo lo señalan o cuando la propia ley señala la obligación de cumplir con esta formalidad. La segunda se origina en muchos casos de hecho por el reracionamiento que se origina a través de la prestación efectiva de un servicio subordinado sin que necesariamente se haya expresado una manifestación de iniciar un reracionamiento laboral. Esta última situación se entiende con mayor claridad a través de la teoría de la relación de trabajo.

(2) Consideremos como acuerdos implícitos aquéllos que surgen de las obligaciones que la relación laboral impone a los sujetos que están referidos a las prestaciones fundamentales

de cada uno de ellos, a partir de cuyo incumplimiento pueden surgir diversas consecuencias, una de las cuales es la responsabilidad patrimonial por daños ocasionados.

b. El incumplimiento de las obligaciones puede ser de diversa naturaleza, pudiéndose mencionar entre ellas la responsabilidad penal, administrativa, civil y laboral.

c. En lo que se refiere al origen de las obligaciones este puede ser legal o contractual. Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo como regla general es consensual, su contenido está regulado en su mayor parte por la ley. Existe poca preferencia por la utilización de los contratos escritos que usualmente están reservados a los casos en que expresamente la ley los impone en forma obligatoria(3). Por otro lado, nos encontramos que siendo la legislación laboral eminentemente protectora, su regulación es restringida en lo que se refiere a eventuales incumplimientos de las obligaciones del trabajador, pues el legislador usualmente no regula dicho tema por considerarlo contrario a los intereses del trabajador.

d. Este análisis no comprende la responsabilidad de terceros vinculados a los sujetos de la relación laboral. Nos referimos a la responsabilidad derivada de actos dañosos cometidos por personas o instituciones que están vinculadas al desarrollo de la relación laboral pero que no son sujetos de la misma. Este es el caso del Estado que interviene en su regulación así como en la solución de los conflictos laborales a través del Poder Judicial o de la autoridad administrativa de trabajo. También es la situación de los sindicatos que agrupan a los trabajadores y que en el curso de su función de defensa de sus intereses están obligados a respetar el principio de legalidad y por lo tanto también pueden ser autores de actos dañosos cuando no actúan en concordancia con dicho principio(4).

---

que se derivan del contrato como son la obligación de prestación de un servicio eficiente y personal, la de remunerar la contraprestación etc. Los explícitos o expresos son los que figuran en el contrato respectivo que tendrían que están expresamente señalados en el contrato (indicación de obligaciones específicas que deberá cumplir el empleador o trabajador)

(3) En estos casos se trata de una exigencia *ad solemnitatem* que condiciona la validez a la forma de contratación. Casos concretos son entre otros los contratos sujetos a modalidad, los celebrados con trabajadores extranjeros, los contratos a tiempo parcial.

(4) Esto podría originarse en caso de daños ocurridos como consecuencia de una paralización ilegal acordada por la organización sindical.

Dejamos para estudio posterior la responsabilidad que le corresponde al empleador frente al trabajador como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales.

El análisis que realizamos constituye una investigación exploratoria y se refiere única y exclusivamente a la responsabilidad de tipo patrimonial que se puede generar por aplicación del principio fundamental de no dañar a otro (*alterum non laedere*) por la comisión de un acto antijurídico o por el incumplimiento de una obligación como consecuencia de la conducta del trabajador con respecto al empleador y se encuentra dirigida a establecer si este puede reclamarle una indemnización por los perjuicios que pudieran surgir como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y convencionales como trabajador.

El tema ha sido tratado en forma muy limitada(5). No ha sido preocupación del Derecho del trabajo investigar una posible responsabilidad del trabajador con relación al incumplimiento de sus obligaciones frente al empleador. Por su propia naturaleza protectora difícilmente estudiaría algo que podría ser favorable para el empleador o desfavorable para el trabajador. Ello nos llevará a determinar si como consecuencia de la falta de regulación resultan de aplicación las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales o por la producción de resultado dañoso por parte del trabajador con respecto al empleador.

3. DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE TRABAJADORES Y EMPLEADORES Y DE LA INDEMNIZACIÓN QUE SE ORIGINA POR DAÑOS CAUSADOS POR EL PRIMERO AL SEGUNDO SOBRE INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

Dentro de las formas de relación encontramos las que conocemos como *contractuales* (usualmente originadas en actos de voluntad expresa o tácita) y *extracontractuales* que se originan entre personas que no tienen un vínculo de la referida naturaleza que generalmente se relacionan como

(5) Uno de los pocos laboralistas que ha analizado el tema con cierto grado de profundidad es el Dr. Antonio Vázquez Vialard en su obra "La responsabilidad en el Derecho del trabajo".

consecuencia de un comportamiento ocasional que concluye en un resultado dañoso. En ambos casos surgen obligaciones y derechos cuyo incumplimiento a su vez conduce a una obligación indemnizatoria sujeta a diversas reglas.

Con respecto a esta obligación Taboada señala que: "Como es evidente, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes. Sin embargo, en ambos casos el aspecto fundamental de la responsabilidad civil es el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado. De no haber daño, no se configura un supuesto derecho jurídico ilícito, contractual o extracontractual y por ende no se configura un supuesto de responsabilidad civil, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita. El objetivo de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnicen los daños causados"(6).

3.1. Naturaleza contractual de las obligaciones asumidas por el empleador y el trabajador

En el caso de los sujetos de una relación laboral la responsabilidad es de naturaleza contractual(7). Esto no significa que por excepción no se pueda dar una vinculación o responsabilidad extracontractual entre empleador y trabajador, caso en el cual se aplicarán las reglas propias de esta clase de responsabilidad(8).

---

(6) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, p. 60.

(7) Para efectos de este análisis incluimos dentro del concepto relación de trabajo, tanto lo que conocemos como esta, como la del contrato de trabajo, las que independientemente de sus propias características implican un reracionamiento en el cuál interviene en esencia la participación de las voluntades de ambos. En el caso de la relación laboral las obligaciones de las partes son más implícitas que explícitas pero ello no altera mayormente el resultado de nuestras observaciones.

(8) Nos referimos a la situación que se pudiera dar en el cuál como consecuencia de un acto extra laboral uno de los sujetos le causa un daño al otro como consecuencia de un hecho extra laboral. Este podría ser el caso de una colisión de vehículos particulares de cada uno de ellos. O en general el daño que uno le cause al otro fuera del marco de la actividad laboral.

4. DIVERSAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

Tal como hemos señalado, la responsabilidad que surge del relación que existe entre trabajadores y empleadores es de variada naturaleza y puede tener efectos distintos, que podrán ser de naturaleza *laboral, administrativa, penal y patrimonial*.

4.1. Responsabilidad de naturaleza laboral

La responsabilidad central que se deriva del incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador se da en el campo laboral. Su incumplimiento puede llevar a la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas en función de factores tales como la gravedad de los deberes infringidos, el daño causado, el riesgo potencial creado.

Las infracciones del trabajador pueden dar origen a la aplicación de una diversidad de sanciones o consecuencias que se rigen por principios que se han ido acuñando doctrinaria y jurisprudencialmente por los cuales el trabajador puede ser sancionado con medidas disciplinarias o eventualmente servir de fundamento para proceder a la terminación del vínculo laboral invocando la comisión de falta grave. El optar por una u otra vía dependerá de la gravedad de la infracción cometida debiéndose tener en cuenta que en la mayor cantidad de los casos el empleador se considera satisfecho con la terminación de la relación laboral y no persigue otra responsabilidad.

En pocos casos el empleador tratará de perseguir una eventual responsabilidad civil del trabajador lo que se da principalmente cuando se pretende afectar el saldo de la compensación por tiempo de servicios a la obligación a ser reparada permitiéndose esta posibilidad cuando la justificación del despido se sustenta en la comisión de una falta grave que origine un perjuicio económico al empleador.

En la práctica, principalmente por la rigidez que se ha dado en los temas de estabilidad laboral y la dificultad de dar por terminada la relación laboral motivada muchas veces por problemas en la demostración procesal de la falta grave, el empleador se ha considerado satisfecho cuando ha logrado este objetivo llegando inclusive a no hacer efectiva otra clase de responsabilidad. Esta decisión se sustenta en consideraciones

prácticas[9]. En otros casos y cuando la falta no ha revestido la gravedad necesaria para permitir la terminación de la relación el empleador ha aplicado medidas disciplinarias.

4.2. El incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador puede conducir la terminación de la relación laboral

El artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, reconoce que en la mayor parte de los casos la llamada falta grave constituye una "infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"[10].

La revisión de los diversos incisos del aludido artículo 25° nos hace ver la existencia de una regulación genérica legal de las obligaciones del trabajador y la consecuencia que la ley le señala a su incumplimiento. La mencionada norma repite constantemente la justificación de la terminación de la relación de trabajo por el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador con respecto al empleador, lo que guarda concordancia con el objeto de la contratación que es la prestación de determinados servicios a favor del empleador, así como la posibilidad de dar por terminada dicha relación cuando no existe la posibilidad de que la conducta del trabajador se corrija, o que no se vuelva a repetir, lo que significa también que la sanción que se aplica como consecuencia del incumplimiento tiene un carácter correctivo, y persigue que el trabajador dé cumplimiento a sus obligaciones y enmiende su comportamiento.

La existencia del texto legal en el que se establece de manera taxativa las causales de terminación de la relación laboral (rescisión desde la

---

(9) Entre los factores que coadyuvan a esta actitud del empleador se encuentra la dificultad de recuperación de cualquier indemnización por la escasa posibilidad que el trabajador tenga bienes para cubrir cualquier responsabilidad, así como el costo de tramitación de un proceso de esta clase y la demora que ocasiona.

(10) Como tendremos oportunidad de analizar los deberes esenciales a que se refiere la ley no solamente están referidos a los incumplimientos contractuales (que muchas veces no son consignados de manera expresa en el contrato), sino también las obligaciones legales o de aquéllas obligaciones que podríamos denominar "implícitas" que son aquéllas que doctrinariamente se les atribuye a empleadores y trabajadores y que no necesitan ser pactadas expresamente.

perspectiva de nuestra legislación civil) nos llevará a la formulación de otras preguntas entre ellas la dirigida a establecer si es posible pactar contractualmente efectos y consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones. Nos referimos de manera expresa a si es posible pactar una cláusula penal a favor del empleador por el eventual incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador y la eficacia atemperadora de la institución del uso abusivo del derecho.

Al revisar el artículo 25° de la LPCL encontramos las siguientes referencias a conductas del trabajador que constituyen incumplimiento de sus obligaciones laborales y que originan la posibilidad del empleador de concluir justificadamente la relación en la medida que se diera la gravedad exigida expresamente en la norma:

a. Se considera como falta grave "[...] el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral", lo que implica otorgarle a la falta cierta gravedad(11). La lectura del dispositivo nos hace ver que no todo incumplimiento de las obligaciones laborales faculta al empleador a dar por terminada la relación laboral. Se requiere la afectación de la buena fe laboral y además el incumplimiento debe estar revestido de gravedad, lo que en última instancia traslada la interpretación a la actividad judicial que es quien le da la calificación final de gravedad en función de las circunstancias en que se ha producido. El mismo inciso se refiere a 'la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia de Reglamento Interno de Trabajo'. La conducta descrita en el artículo constituye también incumplimiento de obligaciones laborales del trabajador con respecto al empleador y exige el mismo requisito de gravedad que de no existir podría originar que la conducta del trabajador fuera objeto de una medida disciplinaria.

   El segundo párrafo del mismo inciso se refiere a la "reiterada paralización intempestiva de labores" que constituye también un incumplimiento de las obligaciones esenciales asumidas por el trabajador al

(11) La redacción de este inciso nos permite establecer que puedan existir obligaciones de trabajo que no "supongan" el quebrantamiento de la buena fe labor, caso en el cual podrían no ser consideradas como suficientes para proceder al despido.

iniciar su relación laboral en la que el elemento primordial por parte del trabajador es la prestación del servicio, lo que a su vez genera el deber del pago de la remuneración. El empleador contrata como regla general al trabajador cuyos servicios, además de ser necesarios, llevan un compromiso de ejecución constante e implícito. Después de todo, el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y tiene una vocación de continuidad que lleva a la conclusión que al trabajador se le contrata para que preste un servicio, estando facultado a paralizar sus actividades únicamente en determinadas situaciones previstas excepcionalmente por la Constitución y la ley.

b. En el apartado b del artículo 25° se hace mención a otro caso de incumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo al trabajador. Se considera como incumplimiento de obligaciones laborales del trabajador "[...] la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción". Recordemos que cuando el trabajador contrata sus servicios usualmente no se califica el contenido del mismo en cuanto a su calidad. El principio de buena fe y razonabilidad obliga al trabajador a prestar un servicio eficiente durante la jornada de trabajo. El concepto del servicio eficiente a que se refiere la ley tendrá que ser calificado por el juez de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

c. El inciso c se refiere a la utilización indebida de los bienes o servicios del empleador o de los de terceros que se encuentren en poder del empleador. La legislación ha tratado de enfatizar la confianza que debe inspirar todo trabajador a su empleador y señalar las consecuencias de su incumplimiento. Nos encontramos ante dos situaciones diferentes: a) la primera es la afectación de los bienes del empleador con la finalidad de darle un uso indebido o de apropiarse de ellos; y b) la segunda es cuando se utilizan bienes de terceros confiados al empleador. En ambos casos el incumplimiento resulta grave. En el segundo caso se advierte no solamente un uso indebido de los bienes del tercero pudiendo también surgir otras consecuencias, entre las cuales se puede mencionar el riesgo que genera dicho uso indebido.

En el apartado d del mismo artículo se hace referencia a conductas que implican un desconocimiento del principio de buena fe y una

infracción a las normas legales de trabajo. Resulta especialmente grave que el trabajador vulnerando el principio antes señalado y agrediendo deslealmente al empleador con su conducta, afecta gravemente el contenido ético que existe en el contrato trabajo y que a su vez significa un incumplimiento de sus obligaciones.

4. En cuanto a la causal establecida en el inciso c del artículo bajo análisis que se refiere a diversas situaciones que ponen en evidencia una falta de lealtad del trabajador con respecto a su principal, observamos que el incumplimiento descrito es uno de los de mayor gravedad dentro de una relación laboral porque afecta al contenido ético del contrato de trabajo. Estas conductas implican un grave incumplimiento de las obligaciones propias del trabajador, que son: "La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor". En cualquiera de estas causales el valor protegido no es tanto el patrimonial de los bienes como la lealtad o fidelidad que el trabajador le debe a su empleador como consecuencia de su relación.

5. Por lo demás, desde una perspectiva penal, la existencia de una relación laboral debería por lo menos considerarse como una causa de agravación genérica de la responsabilidad que se refiere al trabajador en tanto que el empleador le da al trabajador el medio de subsistencia que necesita para el mantenimiento propio y de su familia.

En todas las causas de despido a que se refiere el artículo 25°, encontramos presente el incumplimiento de obligaciones laborales por parte del trabajador en contra del empleador.

No todas las conductas descritas en la norma que se analiza generan un daño o perjuicio de tipo patrimonial. En algunos casos, no necesariamente se presenta esta clase de daño. Sin embargo, en algunas de las causales el efecto podría ser un daño moral.

El incumplimiento de las obligaciones fundamentales del contrato de trabajo o el incurrir en alguna de las causales señaladas en el artículo 25° de la LPCL permite al empleador la terminación justificada de la relación liberándose del pago que le habría correspondido de haber dado término a dicha relación sin expresión de causa.

4.3. Responsabilidad administrativa

Esta se encuentra reservada en la mayor parte de los casos al empleador y generalmente no se aplica al trabajador. Para el caso del primero la responsabilidad se traduce en la imposición de una multa que aplica la autoridad administrativa de trabajo, no contemplándose sanciones administrativas derivadas de cualquier incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del trabajador.

La responsabilidad administrativa del empleador surge fundamentalmente de:

a. Incumplimiento de obligaciones contractuales del empleador con respecto al trabajador.

b. Incumplimiento de obligaciones del empleador con respecto al Estado.

De acuerdo con la legislación vigente, la responsabilidad laboral del empleador con respecto al trabajador puede ser establecida por la autoridad de inspección que aplica la multa respectiva que es en beneficio exclusivo del Estado[12].

El trabajador en algunos casos puede sufrir los efectos de una resolución administrativa, lo que podría considerarse como una consecuencia con respecto al incumplimiento de sus obligaciones. El artículo 12° de la LPCL señala como causa de suspensión del contrato de trabajo (inciso h) "la inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses". Este dispositivo lo debemos concordar con el inciso c del artículo 24° de la misma norma que considera como una de las causas de despido justo "[...] la inhabilitación del trabajador". Esto significa que si la inhabilitación no es superior a tres meses procede la suspensión de la relación de trabajo, mientras que si supera dicho tiempo nos encontramos ante una causa justa de despido.

Otra situación de incumplimiento de obligaciones con repercusiones laborales la encontramos en la suspensión disciplinaria. La sanción impuesta por el empleador genera la abstención del pago de la remuneración siendo esta consecuencia típicamente laboral.

---

(12) Es importante advertir que en los procedimientos de inspección el efecto puede ser de dos clases. Primero que se ordene el cumplimiento de una determinada obligación a favor del trabajador. Además se aplica una multa (a favor del Estado), que puede resultar considerablemente mayor a la prestación ordenada a favor del trabajador.

En resumen, el incumplimiento de las obligaciones laborales, sean legales o contractuales del trabajador, no genera responsabilidad administrativa para el trabajador.

4.4. La responsabilidad penal

La responsabilidad penal del trabajador puede surgir de varias maneras. En algunos casos por incurrir en la comisión de un hecho delictivo en agravio directo del empleador. Cuando se da esta situación generalmente la falta laboral constituye simultáneamente infracción penal y laboral. No obstante, no tiene mayor trascendencia en razón del principio de autonomía de la falta laboral señalado en el artículo 26° de la LPCL[13].

Surge como consecuencia de la comisión de hechos delictivos cometidos por el trabajador en agravio del empleador. En algunos casos se presenta con relación a terceros pero con responsabilidad derivada hacia empleador. En el primer caso nos podemos encontrar ante una responsabilidad culposa (cuando actúa con imprudencia, negligencia o impericia) o dolosa (cuando participa en un hecho en forma intencional). Las situaciones que genera esta responsabilidad son variadas. Así tenemos que el trabajador puede incurrir en la comisión de hechos delictivos en los que el empleador es el agraviado directo. También puede participar en hechos de este tipo en perjuicio de terceros pero en su condición de trabajador; en este caso genera una responsabilidad civil en perjuicio de su empleador, al que convierte en perjudicado indirecto. En ambos casos podrá surgir una obligación reparatoria que el empleador está facultado para perseguir del trabajador por vía de repetición.

En determinadas situaciones, la responsabilidad penal coincide con la laboral originando efectos diferentes[14].

---

(13) "Las faltas graves señaladas en el articulo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir".

(14) Esta situación se da cuando el ilícito penal coincide con el incumplimiento laboral. Podría considerarse dentro de esta situación la comisión por parte del trabajador de un hecho que es delictivo pero que además implica un ilícito laboral. El caso típico podría ser el hurto de uso cometido por el trabajador en contra del empleador que desde una perspectiva laboral podría coincidir con una de las formas de manifestación de la figura de "[...] utilización indebida de los bienes del empleador" que es considerada como falta grave por la legislación laboral.

4.5. Hechos delictivos cometidos por el trabajador fuera de su relación laboral

En lo que se refiere a la participación del trabajador en hechos delictivos no vinculados a su actividad laboral, ni cometidos en perjuicio del empleador nos encontramos ante una causa de despido expresamente señalada en la ley que podría inclusive ser objeto de cuestionamiento sobre su constitucionalidad. Nos referimos a la causa justa de despido que procede en los casos de "[...] condena penal por delito doloso" (artículo 24° inciso c de la LPCL), que permite la terminación de la relación de trabajo bajo las siguientes condiciones:

a. La conducta que motiva la causa se produce simplemente como consecuencia de la condena por delito doloso que recibe el trabajador.
b. El delito no tiene que haber estado dirigido al empleador, ni tampoco vinculado a la actividad laboral del trabajador.
c. No estaría considerada dentro de las causas cualquier condena por delito no doloso.
d. No se consideraría como causa justa de despido una condena por falta.

Un eventual cuestionamiento de la validez constitucional de la causa de despido por condena penal por delito doloso, podría sustentarse en la consideración de no ser posible la aplicación de doble "sanción" por un mismo hecho[15].

La responsabilidad penal del trabajador se puede originar tanto como consecuencia del desenvolvimiento de la relación laboral como por una circunstancia no vinculada a ella. La primera podría surgir por actos que afecten directamente a terceros y que podría general responsabilidad del empleador como responsable civil por los daños que cause el trabajador[16],

---

[15] No estamos de acuerdo con esta interpretación por cuanto estrictamente hablando no se trata de una sanción; sin embargo, no se puede descartar la posibilidad que dentro de un esquema extensivo de interpretación de derechos constitucionales se podría elaborar por lo menos una argumentación de defensa para impugnar un cese por esta causal.

[16] Este podría ser el caso de un mecánico que no toma las precauciones debidas en la reparación de un vehículo y que como consecuencia de ello le produce daños al propietario

su origen podría ser doloso o culposo. La segunda se da cuando el hecho delictivo está dirigido directamente contra el empleador. Esta última por lo general origina una responsabilidad de tipo plural (en algunos casos penal y laboral y en otros penal, laboral y civil).

La existencia de una relación de naturaleza laboral no le concede al trabajador una situación de privilegio con respecto a cualquier imputación penal ya que ella se da únicamente en los casos expresos de exoneración o atenuación que señala la propia ley.

En algunos casos la responsabilidad penal del trabajador general origina simultáneamente otros efectos como son constituir al empleador como responsable civil de los ilícitos penales cometidos por el trabajador en el desarrollo o cumplimiento de sus obligaciones laborales. Por ejemplo la tripulación un carro blindado de una empresa de seguridad participa en un asalto a un entidad bancaria a la que atiende, en cuyo caso podrá ser demandado para restar lo pagado por esta. En esencia la obligación reparatoria es de cargo del trabajador como ejecutor del acto nocivo, y por excepción del empleador salvo que se comprueba algún tipo de responsabilidad directa por parte de este[17].

La responsabilidad penal del trabajador, en algunos casos, va acompañada de efectos importantes en el desarrollo y continuación de la relación laboral a pesar de no estar vinculada directamente a ella. Nos referimos en primer término a la posibilidad que tiene el empleador de despedir al trabajador invocando causa justa cuando este ha sido condenado por la comisión de delito doloso (sea en agravio del empleador o contra tercero). Al respecto, señalamos lo indicado en el inciso c del artículo 24° de la LPCL que considera causa justa del despido relacionada con la conducta del trabajador "la condena penal por delito doloso", sin que sea exigible que el delito se haya cometido o no contra el empleador y prescindiendo de la condena a pena privativa de la libertad. Basta que la sentencia respectiva califique el delito como doloso para que proceda dicha terminación.

---

de un vehículo que se accidenta por la negligencia del trabajador. La responsabilidad penal es el trabajador y la civil es del empleador.

(17) Podría ser el caso que el evento dañoso hubiese sido producido más que por impericia del trabajador por una causa atribuible al empleador. Por ejemplo, el mal mantenimiento del vehículo manejado por el trabajador.

4.6. Responsabilidad patrimonial

Deben instaurarse los lineamientos generales en los que se establece esta clase de responsabilidad entre los sujetos de la relación laboral, en el caso de nuestro estudio del trabajador por eventuales incumplimientos de sus obligaciones laborales con respecto al empleador.

En lo que se refiere a esta responsabilidad señalamos que el criterio tradicional, generalmente impuesto por razones prácticas, es que no existía mayor preocupación con respecto a la responsabilidad patrimonial del trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Esta línea de razonamiento se sustenta en que no resulta conveniente demandar al trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales por la eventual dificultad de obtener un resarcimiento en atención a su generalmente reducida capacidad económica. A ello cabe agregar que no ha sido práctica usual dentro de nuestro medio que la legislación hubiese establecido consecuencias para el trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales, ni tampoco se ha recurrido a la fijación por vía contractual.

En la práctica judicial los reclamos indemnizatorios han sido presentados en la casi totalidad de los casos por los trabajadores contra los empleadores. Sin embargo existen algunos casos en que el empleador ha demandado al trabajador la reparación de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, surgiendo como consecuencia de ello algunas interrogantes que deben ser esclarecidas. Estas se originan principalmente porque el derecho del trabajo no tiene una teoría propia sobre la responsabilidad de los sujetos de la relación laboral por el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo o de sus obligaciones legales de naturaleza laboral, y en términos generales recurre a las reglas que regulan dicha materia en el Derecho civil.

De lo expuesto surgen algunas interrogantes:

a. ¿Las reglas civiles que regulan la inejecución de las obligaciones o la responsabilidad extracontractual se aplican en su integridad a los casos de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del trabajador?

b. ¿Existe alguna excepción como consecuencia de la situación de desigualdad en la que se encuentra el trabajador frente al empleador,

que es el fundamento de la existencia de diversos principios de protección que se aplican generalizadamente en materia laboral con respecto a los derechos laborales del trabajador, siendo necesario determinar si tales principios protegen también al trabajador en aquellos casos en que por dolo o culpa –sea grave o leve–, se originen perjuicios al empleador?

En resumen, lo que se persigue determinar es si los principios de protección creados por el Derecho del trabajo reducen o eliminan la responsabilidad indemnizatoria por el incumplimiento de las obligaciones laborales.

En los últimos años existe una mayor tendencia por parte de los empleadores de reclamarle al trabajador el resarcimiento de los perjuicios que pudiera originar el incumplimiento de sus obligaciones legales, amparado en el principio civil de que toda persona que incumple con sus obligaciones legales o contractuales debe responder por los perjuicios que origina esta conducta, debiéndose esclarecer entre otras cosas si tal responsabilidad debe ser establecida por los órganos judiciales laborales respectivos, o si esta clase de reclamaciones deben ventilarse en la vía civil.

4.7. Aspectos a ser esclarecidos

Lo expuesto nos lleva a precisar algunos temas como son:

a. Si las reglas civiles que regulan la inejecución de las obligaciones o la responsabilidad extracontractual se aplican en su integridad a los casos de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del trabajador.

b. Si existe alguna excepción en materia laboral como consecuencia de la situación de desigualdad en la que se encuentra el trabajador frente al empleador, que es lo que ha dado origen a diversos principios de protección que se aplican generalizadamente en materia laboral con respecto a los derechos laborales del trabajador. Además, debe determinarse si tales principios protegen también al trabajador en aquellos casos en que por dolo o culpa –sea grave o leve–, se ocasionen daños con sus consiguientes perjuicios al empleador.

c. Determinar qué tipos de incumplimientos se pueden originar una responsabilidad indemnizatoria del trabajador frente al empleador.

d. Establecer si existe una teoría indemnizatoria especial en el Derecho del trabajo, o si resultan de aplicación los principios que regula la materia en el Código Civil.

e. Esclarecer si el trabajador, en función del principio pro operario, tiene alguna situación de privilegio en lo que se refiere a su obligación indemnizatoria por los daños que pudiera causar al empleador o si se considera la existencia de una responsabilidad atenuada por la misma razón.

f. Analizar si resulta un factor de atenuación de la responsabilidad del trabajador como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, la existencia de riesgos en la actividad laboral que afectan exclusivamente al empleador y que en todo caso deben ser asumidos por este y no por el trabajador.

g. Identificar al juez competente que conocerá de las eventuales reclamaciones a plantearse por el empleador por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas de la relación laboral por parte del trabajador.

5. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

De acuerdo con la división clásica, cuyo contenido se mantiene vigente a pesar de algunos cuestionamientos, existen dos clases de responsabilidad: la contractual, que es la que surge del incumplimiento por parte de alguno de los contratantes de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo; y la extracontractual que surge cuando no existe una relación contractual o que se da fuera el marco del mismo.

En materia de relaciones laborales la responsabilidad que surge es fundamentalmente contractual y puede deberse al incumplimiento de obligaciones explícitas, es decir, acordadas en forma expresa o implícita que son aquellas establecidas por la ley o que surgen de la propia naturaleza del contrato de trabajo.

En el caso específico de la relación laboral nos encontramos ante un eventual incumplimiento de obligaciones contractuales, lo que determina que las reglas a ser aplicadas están referidas a las que regulan la inejecución de obligaciones.

6. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL

La existencia de una relación laboral implica que cada uno de los sujetos de la misma tenga derechos y obligaciones. En el caso específico del trabajador estas giran principalmente en torno a la prestación del servicio que debe darse dentro de determinadas condiciones y requisitos. El empleador puede exigir el cumplimiento de estas condiciones y su incumplimiento generará determinados efectos, algunos de los cuales pueden ser patrimoniales. En este sentido, el trabajador, como sujeto del contrato de trabajo, resulta responsable bajo determinadas condiciones por el cumplimiento de sus obligaciones[18], de la misma manera que el empleador también responde por el daño que ocasione con el incumplimiento de sus obligaciones.

Las obligaciones mencionadas en su mayor parte son implícitas y no tienen que estar reconocidas o mencionadas de manera expresa a través de un contrato escrito en una relación que es fundamentalmente consensual pero que además por su naturaleza tiene una fuerte influencia legal en tanto que muchas de las obligaciones están reguladas en una norma legal.

Independientemente de ello, el contrato de trabajo puede generar obligaciones expresas o implícitas que son aquellas consignadas expresamente por las partes y que pueden estar referidas a la forma como se llevará a cabo su ejecución, a las que debe sujetarse el trabajador de manera expresa asumiendo eventualmente las consecuencias de su incumplimiento.

Como hemos indicado, nuestra legislación, a diferencia de otras, no señala de manera específica las obligaciones que tiene el trabajador con respecto al empleador. Llegamos a ellas indirectamente, por vía conceptual o doctrinaria. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral nos

(18) Vázquez Vialard señala al respecto: "Por lo tanto, todo hombre que desarrolla su existencia dentro de lo que debería constituir una auténtica convivencia, debe ajustar su conducta a ese principio básico de no causar un daño a otro (*alterum non laedere*). Si no lo hace, transgrede una norma fundamental de la convivencia social y, cuando a consecuencia de ello se causa un daño, ya sea en la persona o en el patrimonio del otro, puede ocurrir que se le aplique una sanción prevista en el ordenamiento jurídico, que tiene como característica fundamental el de ser coactivo" (VÁZQUEZ VIALARD, *La responsabilidad en el Derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 4).

permite llegar a determinar las obligaciones del trabajador a través del estudio de las causas justas de despido que constituirían las conductas prohibidas del trabajador, lo que nos permite deducir cuáles son sus obligaciones. Encontramos un indicador similar en la lectura del artículo 9° del mismo dispositivo que al referirse a la subordinación señala las facultades del empleador que a su vez constituyen las obligaciones del trabajador[19]. Hay legislaciones que señalan de manera expresa dichas obligaciones[20]. Además, debe tenerse en cuenta que estas obligaciones en algunos casos son susceptibles de modificación por decisión unilateral del empleador dentro de la facultad derivada del *ius variandi*.

Las obligaciones esenciales a las que nos referimos son:

a. Obligación de prestación eficiente del servicio contratado y cumplimiento de las órdenes del empleador relacionadas con el trabajo.

---

(19) "**Artículo 9°.-** Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

(20) Nos referimos por ejemplo al artículo 9° del Estatuto de los Trabajadores de España que considera como obligaciones del trabajador: a) Desarrollar la actividad necesaria para promocionar la realización de operaciones mercantiles a favor del empresario, defendiendo los legítimos intereses de este y siguiendo sus instrucciones. b) Desarrollar su actividad de promoción de manera correcta, evitando cualquier actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas o que pueda perjudicar al prestigio o a los intereses del empresario, circunstancias estas cuya prueba corresponde al empresario. c) Suministrar al empresario noticias inmediatas sobre la realización de las operaciones y sobre las circunstancias que puedan afectar su ejecución. d) Gestionar el cobro de las operaciones mercantiles en que directa o indirectamente hubiesen intervenido, si así se determina en el contrato. Abonar al empresario, inmediatamente, las cantidades cobradas a los clientes cuando le este encomendada la gestión de cobro. En ningún caso de la gestión de cobro podrá derivarse responsabilidad patrimonial para los trabajadores, salvo que haya habido negligencia grave o dolosa. e) Mantener informado al empresario sobre su actividad dirigida a la promoción de operaciones, así como sobre las circunstancias que puedan afectar a la clientela y a la situación de la empresa en el mercado. f) No prestar servicios a empresas competidoras. g) Dar a conocer al empresario las otras empresas a las que preste sus servicios, y a obtener la autorización de aquél para asumir nuevos compromisos con otras empresas, si así se hubiere pactado. h) Cualesquiera otras que se hubieren fijado en el contrato.

b. Obligación de conducta leal honesta y respetuosa con respecto al empleador y personas allegadas a él o al centro de trabajo.

c. Obligación de no incurrir en conductas establecidas en la ley como causas justas de terminación de la relación de trabajo, por hacer irrazonable la continuación del vínculo laboral.

Adicionalmente el trabajador puede asumir otras obligaciones de manera expresa o tácita. La primera cuando se consigna de manera específica en el contrato de trabajo o por acto o documento posterior. El solo hecho de incumplir obligaciones específicas no conduce obligatoriamente a justificar el despido ni genera necesariamente una obligación reparatoria patrimonial de parte del trabajador. Para ello se requiere la presencia de circunstancias especiales como son la existencia del daño patrimonial y la existencia de dolo o culpa que vincule al autor con la realización del hecho.

6.1. Tratamiento del tema en el proyecto de la Ley General del Trabajo

Una referencia para establecer la tendencia actual con relación al tema es la mención hecha de manera expresa en el artículo 50° del proyecto de la Ley General del Trabajo a las obligaciones del trabajador que señala como tales:

> "**Artículo 50°.- Obligaciones de los trabajadores**
>
> Son obligaciones de los trabajadores:
>
> 1 ejecutar personalmente las labores asignadas por el empleador, bajo la dirección de este o sus representantes, con diligencia y eficiencia;
>
> 2. cumplir el reglamento interno de trabajo y acatar las órdenes e instrucciones que dicte el empleador en relación a sus labores, salvo que pongan en notorio peligro su vida o su salud, conlleven la comisión de un delito o de un acto ilícito o inmoral, afecten los derechos fundamentales o lesionen su dignidad e intimidad;
>
> 3. observar una conducta apropiada y respetar y mantener el orden y la disciplina del centro de trabajo; y presentarse a sus

labores, libre del efecto de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, ni consumirlas durante la jornada de trabajo, salvo prescripción médica, que deberá poner en conocimiento del empleador;

4. guardar el debido respeto al empleador y/o sus representantes;
5. cumplir las normas sobre seguridad e higiene vigentes en el centro de trabajo y abstenerse de todo acto que ponga en peligro su propia seguridad, la de los demás trabajadores o la de terceras personas, así como la del centro de trabajo;
6. abstenerse de revelar a terceros o aprovechar en beneficio propio, sin autorización expresa, la información reservada del empleador;
7. no realizar, en beneficio propio o de terceros, actividades idénticas a las que realiza para su empleador, sin autorización expresa de este;
8. proporcionar al empleador información veraz sobre los hechos y situaciones relacionadas con sus labores específicas;
9. concurrir puntualmente a sus labores, dentro de la jornada y horario fijados por el empleador, salvo por motivo justificado observando criterios de razonabilidad, que deberá comunicar en forma inmediata;
10. cuidar y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le hubieren proporcionado para ejecutar sus labores, así como los bienes encomendados a su custodia, no siendo responsable del deterioro de estos objetos originado por el uso, desgaste natural, caso fortuito, mala calidad o deficiente construcción de los mismos;
11. observar una conducta apropiada y respetuosa en el centro de trabajo;
12. participar en las actividades de capacitación que dentro de la jornada de trabajo organice el empleador, para su desarrollo técnico y profesional y mejorar su producción y productividad; y
13. las demás que establece la ley y las que se deriven de la relación de trabajo".

El proyecto mencionado toma como base el criterio de definir como obligaciones del trabajador aquellas cuyo incumplimiento grave sería considerado como causa justa de terminación de la relación de trabajo. No se hace mención alguna a las obligaciones que se pudieran aceptar por vía contractual relacionadas con el cumplimiento de obligaciones específicas pactadas por las partes, lo que nos plantea como interrogante principal si las partes pueden establecer o no obligaciones laborales específicas por vía contractual y, por lo tanto, ser fuente generadora de diversas clases de responsabilidad en caso de incumplimiento.

Indudablemente el solo incumplimiento de una obligación legal o contractual asumida por el trabajador no constituye fundamento suficiente para derivar toda clase de responsabilidad. Podrá en algunos casos servir de base para justificar la terminación de la relación laboral por causa justa (en la medida que se den las condiciones para ello) o ser punto de partida para la causal de reiterada resistencia a las órdenes del empleador. Podrá también, de ser el caso, generar una responsabilidad penal. En lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial, su surgimiento dependerá de factores que analizaremos más adelante.

6.2. ¿Existen límites a las obligaciones que puede asumir el trabajador con respecto al empleador?

No es posible desconocer el punto de partida o principio fundamental que regula las relaciones laborales: la notoria y reconocida desigualdad que existe entre trabajador y empleador. Sobre la base de dicho concepto fundamental se construye toda la teoría protectora que sustenta al Derecho del trabajo.

La necesidad de equilibrar a los sujetos de la relación laboral conduce a la limitación de la autonomía de la voluntad y a una presencia muy marcada del orden público en la actividad laboral. Si el contrato de trabajo tuviera que celebrarse obligatoriamente por escrito y no existieran limitaciones en la contratación laboral, la posición preeminente del empleador en la relación contractual lo llevaría a la posibilidad de imponer condiciones desventajosas y abusivas para el trabajador.

Independientemente de lo señalado y aun en la hipótesis que para ciertas obligaciones del trabajador sería posible cuestionar su aceptación sin que sean aplicables los principios típicamente laborales, (como es el caso de los de irrenunciabilidad, pro operario y otros), siempre

queda como recurso de "emergencia" para corregir desigualdades el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que no permite el uso abusivo del derecho(21).

La propia naturaleza protectora del Derecho del trabajo que impone limitaciones a la voluntad del trabajador –sobre todo en lo relacionado a aquello que lo perjudica–, lleva a concluir que existen restricciones a las condiciones establecidas en el contrato de trabajo. Por lo pronto encontramos limitaciones en la posibilidad de pactar una limitación contractual a sus derechos fundamentales o a obligarse en contra de la ley(22).

En materia laboral resulta especialmente de aplicación el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que se refiere a la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público o a las buenas costumbres para lo cual debe tomarse en cuenta el concepto específico de orden público laboral.

7. LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

En materia contractual la terminación de una relación puede sustentarse en la resolución originada por causales sobrevinientes a su celebración(23), como también en la rescisión. La primera en materia laboral asume la denominación genérica de "extinción" y comprende de manera expresa las diversas formas de terminación dentro de las cuales se encuentran las que podríamos calificar como causas de resolución.

En lo que se refiere a los efectos de la terminación de la relación laboral por causa imputable al trabajador nos encontramos ante una pluralidad de situaciones que es necesario esclarecer para determinar en qué

(21) "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho".

(22) Esto se concluye de la aplicación del artículo 25°, párrafo tercero, de la Constitución que señala que: "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". También, se aplicaría el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que sanciona de nulidad todo acto jurídico contrario al orden público o las buenas costumbres. Lo mismo se daría con respecto al artículo 1354° del Código Civil: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

(23) Artículo 1371° del Código Civil.

casos el incumplimiento de sus obligaciones puede originar un daño susceptible de reparación.

Al analizar las diversas causales de terminación o extinción de la relación nos encontramos con dos situaciones por esclarecer: a) el retiro voluntario o renuncia del trabajador, y b) la terminación de la relación laboral por decisión del empleador sustentada en la conducta del trabajador. Nos referiremos solamente a la primera en tanto que el presente análisis está referido única y exclusivamente a determinar el efecto de la terminación unilateral de la relación por parte del trabajador en contra de lo señalado en la ley.

7.1. La renuncia o retiro voluntario del trabajador

La posibilidad de terminación de la relación de trabajo por parte del trabajador no tiene mayores limitaciones. A diferencia de lo que sucede con la estabilidad laboral que restringe la posibilidad que el empleador despida libremente al trabajador, para lo cual le impone un condicionamiento, la regla general es que el trabajador puede renunciar libremente al trabajo otorgándole al empleador un plazo de preaviso. Nos encontramos ante dos situaciones que merecen un análisis especial. La primera es el retiro voluntario del trabajador sin cumplir con el preaviso de ley. La segunda está referida a la terminación anticipada por decisión unilateral del trabajador que ha celebrado un contrato de trabajo a plazo o modalidad.

El artículo 18° de la LPCL obliga al trabajador que desea retirarse del empleo a otorgar un plazo de preaviso de 30 días, estando facultado el empleador a exonerarlo del referido plazo. El incumplimiento de esta obligación por parte del trabajador no tiene mayores consecuencias con respecto a sus derechos laborales que no se ven afectados de incurrir en una conducta como la señalada. La pregunta es ¿qué sucede si el trabajador incurre en abandono de trabajo por negarse a cumplir con el plazo de preaviso respectivo?

Tal incumplimiento podrá generar una responsabilidad indemnizatoria en la medida que ocasione perjuicio grave y comprobado al empleador(24).

(24) Podría ser el caso de un trabajador que como consecuencia del incumplimiento de su obligación origine a si vez el incumplimiento de una obligación del empleador que a su vez le origine un perjuicio económico. Obviamente que la reparación está condicionada al cumplimiento de los requisitos para acreditar la realización del acto dañoso y su efecto.

7.2. Terminación anticipada por parte del trabajador del contrato modal a plazo, antes del vencimiento del plazo convenido

Lo analizado anteriormente está referido a la decisión del trabajador de dar por terminada la relación laboral por propia decisión dentro de una relación de trabajo de tiempo indeterminado.

Se hace necesario evaluar la terminación anticipada de un contrato modal por decisión unilateral del trabajador antes del vencimiento del plazo convenido. El tema no es tan sencillo de resolver como aparece a primera vista.

El artículo 76° de la LPCL regula la terminación anticipada de un contrato modal por decisión del empleador y sin que exista causa justa de justificación estableciendo una indemnización a favor del trabajador de un sueldo y medio por mes hasta la terminación del contrato, pero con un tope de 12 remuneraciones. No se hace ninguna mención a la situación contraria, esto es a la terminación de la relación modal antes del vencimiento del plazo por renuncia o retiro voluntario del trabajador, lo que nos lleva a plantear como interrogantes:

a. ¿Puede el trabajador sujeto a un contrato modal a plazo determinado dar por terminado el mismo por medio de la renuncia voluntaria?

b. ¿Está sujeto a la obligación de preavisar dicha terminación como se exige para la renuncia voluntaria?

c. ¿Puede el empleador liberarse de determinadas obligaciones contractuales en caso de abandono intempestivo del contrato por parte del trabajador?

Para intentar una solución a las interrogantes formuladas es necesario sentar algunas premisas importantes:

i) El Título II de la LPCL, que regula los contratos sujetos a modalidad, no menciona la posibilidad que el trabajador dé por terminado el contrato modal dando un preaviso anticipado de 30 días. Tal posibilidad es una causa genérica de terminación de la relación de trabajo señalada en el artículo 16° del mismo dispositivo que no distingue entre contratos indeterminados o a plazo. Sin embargo en el inciso c del mencionado dispositivo se hace referencia al vencimiento del plazo en los contratos modales.

ii) La ley regula los efectos de la terminación unilateral y anticipada del contrato modal por decisión del empleador imponiéndole la indemnización mencionada anteriormente. Nada dice sin embargo con respecto a la terminación anticipada del mismo contrato por parte del trabajador, situación que genera la duda acerca de si el trabajador puede retirarse de dicho tipo de contrato dando el aviso previo aunque se hubiese pactado un plazo mayor, duración.

iii) Siguiendo la lógica del *in dubio pro operario* se podría a su vez interpretar la duda a favor del trabajador, situación que haría ilógica la contratación modal ya que solamente obligaría al empleador mas no al trabajador lo que resultaría un contrasentido en contratos tales como el que se celebra con trabajadores extranjeros en los que existe un compromiso de pago de pasajes del trabajador –y muchas veces de sus familiares–, en función del plazo de contratación. Por otro lado, muchas veces el trabajador extranjero es contratado por sus conocimientos demandando una inversión que se justifica por el plazo mínimo de contratación que no sería lógico hacer ilusorio dando la posibilidad de terminación anticipada en cualquier momento por decisión del trabajador.

La respuesta a esta interrogante resulta fundamental en la medida que de existir la obligación de continuar con el contrato hasta su terminación, el abandono intempestivo de trabajo (que implicaría un caso de incumplimiento contractual), ocasionaría un daño patrimonial que tendría que ser objeto del correspondiente resarcimiento.

Ponemos como ejemplo la situación del trabajador contratado en el extranjero por tres años. Viene al país con sus familiares con pasajes pagados por el contratante y que al poco tiempo de iniciada su relación laboral o lo que podría ser más grave, sin iniciar esta, celebra contrato con otro empleador. El primero haría la inversión y el segundo recibiría el beneficio. No sería justo que el trabajador no tuviera que resarcir el daño causado.

A nuestro juicio, dentro de un contexto como el señalado, el empleador podría solicitar el resarcimiento respectivo tanto del trabajador que ha incumplido con su obligación, como posiblemente del empleador que contrató sus servicios beneficiándose del gasto efectuado por el primero.

7.3. Efectos del incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador

El tema nos lleva a analizar las pocas situaciones específicas de incumplimientos del trabajador con determinación de efectos legales o patrimoniales. La revisión de nuestra legislación nos lleva a los siguientes casos:

a. Incumplimiento de la devolución de casa-habitación por parte del trabajador

En algunas situaciones el empleador le proporciona al trabajador una casa-habitación para uso propio y de sus familiares. El trabajador está obligado a devolverla al término del contrato de trabajo. El efecto del incumplimiento de dicha obligación sería la suspensión del retiro de la CTS mientras no se cumpla con la devolución y con el pago de las costas en que se hubiere incurrido en caso que el empleador hubiera decidido recurrir al Poder Judicial para obtener la desocupación. Daría la impresión que este fuera el único efecto del incumplimiento. Sin embargo, consideramos que la fórmula señalada no produce ningún resarcimiento o reparación por el daño causado, lo que significa que el empleador lo puede perseguir en la vía que corresponde en la medida que demuestre la existencia del perjuicio ocasionado[25].

b. Reparación de perjuicios ocasionados por falta grave cometida por el trabajador

Esta hipótesis está regulada actualmente en el artículo 51° de la LCPL y tiene sus orígenes en la Ley N° 21116 que modificó el criterio que regía hasta la promulgación de dicha norma que determinaba que la compensación por tiempo de servicios estaba condicionada a que el trabajador no fuera cesado por comisión de falta grave. El dispositivo señala: "Si el trabajador es despedido por falta grave que haya ocasionado perjuicio económico al empleador, este deberá notificar al depositario para que la

(25) Vamos a ponernos en el caso que el empleador, como consecuencia de la demora en la entrega del inmueble hubiese tenido que arrendar otro con la finalidad de proporcionándoselo a otro trabajador.

compensación por tiempo de servicios y sus intereses quede retenida por el monto que corresponda en custodia por el depositario a las resultas del juicio que promueva el empleador".

De la lectura del texto legal surgen algunas conclusiones e interrogantes:

i) La retención de la CTS solamente podría concretarse como consecuencia de un despido por comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador. A nuestro juicio este perjuicio debe ser directo, tangible y determinable lo que excluye la reparación del daño moral.

ii) La pretensión indemnizatoria sustentada en la retención de la CTS solamente opera en los casos de despido y no de cualquier otra forma de terminación de la relación laboral.

iii) El empleador puede tener eventualmente otras pretensiones indemnizatorias con respecto a los perjuicios que le hubiera ocasionado el trabajador pero no podría sustentar la misma en la retención de la CTS.

iv) Aparentemente no ha sido intención del empleador que la CTS constituya una garantía para una eventual reparación civil por un delito cometido por el trabajador ya que el legislador se ha referido a un "[...] juicio que promueva el empleador".

8. DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL TRABAJADOR A TERCEROS COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DE SU PRESTACIÓN LABORAL PARA EL EMPLEADOR

Un tema que merece un análisis especial está referido a la responsabilidad solidaria que el artículo 1981° del Código Civil le impone al empleador. De acuerdo con el enunciado legal respectivo toda persona que tiene otra a su servicio subordinado responde solidariamente por los daños que este ocasione como consecuencia de la prestación del servicio, siendo considerado como autor indirecto. El caso puede estar combinado en algunas situaciones con elementos adicionales que generan responsabilidad como son que el daño sea causado por un subordinado utilizando un bien de propiedad del empleador.

La responsabilidad del empleador es frente al tercero dañado y genera un derecho de repetición del empleador con respecto al trabajador debiendo el juez señalar la proporción del resarcimiento en función del grado de responsabilidad en la realización del hecho punible (artículo 1983° del Código Civil).

9. EVENTUAL LIMITACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL TRABAJADOR CON RESPECTO A LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Independientemente de sus características como un instrumento para regular una relación de naturaleza muy especial (una de las cuales es la notoria desigualdad de un contratante con respecto al otro), el contrato de trabajo se mantiene dentro de la definición de contrato señalada en el artículo 1351° del Código Civil en la medida que es un instrumento de regulación de una relación jurídica patrimonial.

El tema a ser definido está referido a los alcances de la autonomía de la voluntad que de acuerdo con el artículo 62° de la Constitución es la posibilidad de pactar "válidamente" según las normas vigentes al tiempo del contrato, lo que guarda estricta concordancia con lo indicado en el artículo 1354° del Código Civil que permite a las partes "determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo".

En la legislación laboral vigente la condición válida de contratación –que determinaría la exigibilidad de una obligación contraída por el trabajador– sería el no pactar en contra de la ley, lo que significa que tendría que existir norma expresa que así lo indicara.

También resultaría válida en la contratación laboral la regla consignada en el artículo 1361° del Código Civil que declara la validez de los contratos en todo lo que se hubiera expresado en ellos, lo que está relacionado la restricción de no pactar contra la norma legal imperativa.

Teniendo en cuenta la naturaleza contractual de la relación laboral nos queda por dilucidar si existe o no responsabilidad patrimonial del trabajador por los daños ocasionados por su incumplimiento contractual.

10. ¿SON APLICABLES LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL RELACIONADAS CON EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR?

La pregunta resulta pertinente por cuanto como regla general la naturaleza protectora del Derecho laboral crea un ambiente muy marcado de protección hacia el trabajador lo que podría llevar a la conclusión de que no existe mecanismo para obligarlo a responder por los daños que le pudiera causar al empleador. Nos preguntamos si algunos de los principios tradicionales del Derecho del trabajo (concretamente los principios protector y de irrenunciabilidad) liberan al trabajador de esta responsabilidad.

En principio destacaríamos la aplicación de los mismos para exonerar al trabajador de su responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales de tal forma que bajo determinadas condiciones serán responsables por los daños ocasionados.

Consideramos que no son de aplicación los principios aludidos por cuanto ellos están referidos a la protección de derechos laborales que les corresponden de acuerdo con la ley o provenientes de convenios individuales o colectivos. Además, no existe ninguna norma que determine, en forma expresa, que el trabajador no responda por lo daños que le ocasione al empleador como consecuencia de sus obligaciones laborales ya que ello implicaría una excepción de consecuencias muy graves del principio que sustenta la responsabilidad civil por el cual toda persona debe responder por lo daños que le cause a otra como consecuencia de su conducta ilícita.

El hecho que la legislación establezca una limitación de responsabilidad en casos específicos, por ejemplo afectando la CTS a la reparación de los daños únicamente en los casos en que la causa del despido justificado ocasione daños al empleador, no significa una exoneración de la responsabilidad del trabajador en otros casos.

El Código Civil que regula la actividad contractual y todo lo relacionado con las obligaciones y contratos establece reglas que son de aplicación a toda clase de contratos incluyendo los laborales en tanto que no existe exclusión expresa de los mismos.

El artículo 1148° se refiere en términos generales a las obligaciones del deudor en las obligaciones de hacer –que es el caso del contrato de

trabajo–, señalándose que debe cumplir con lo pactado o a falta de este "[...] en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso".

En los artículos 1150° y 1151° del mismo código se establecen las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la obligación o cumplimiento tardío o defectuoso por culpa del deudor, indicándose en los casos de los artículos 1150° y 1151° que "[...] el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda".

Las reglas del mismo código que regulan los efectos de la inejecución de las obligaciones se aplican al contrato de trabajo en todos sus aspectos. En el caso específico del incumplimiento de la prestación por responsabilidad del trabajador resulta de aplicación el efecto liberatorio establecido en el artículo 1314° del Código Civil[27]. Tampoco tendrá responsabilidad alguna en la hipótesis prevista en el artículo 1317°[28].

El sustento central de la responsabilidad indemnizatoria surge del artículo 1321° del Código Civil aplicable a la relación laboral[29]. De acuerdo con este dispositivo legal, el trabajador responderá por la inejecución de las obligaciones contraídas, o por su cumplimiento parcial tardío o

---

(26) **Código Civil**

"Artículo 1314°.-

Quién actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento tardío, parcial o defectuoso".

(27) **Código Civil**

"Artículo 1317°.-

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté expresamente previsto en la ley o por el título de la obligación".

(28) **Código Civil**

"Artículos 1321°.-

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por un dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación un por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño de emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío un defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

defectuoso. Esta responsabilidad patrimonial es independiente de cualquier decisión que pudiera tomar el empleador con respecto a una eventual responsabilidad laboral del trabajador, o de otro género.

10.1. ¿Puede exonerarse o limitarse la responsabilidad del trabajador como deudor de la prestación a través del contrato individual de trabajo o de la convención colectiva?

Este es un tema complicado porque lo prohíbe el artículo 1328° del Código Civil, que no establece excepción de ninguna clase, y que constituye una obligación imperativa que no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, ni siquiera por el hecho de favorecer al trabajador, lo que estaría en concordancia con el principio protector, que como hemos señalado sería de aplicación única y exclusivamente a los beneficios de naturaleza laboral.

El dispositivo al que nos referiremos tiene la siguiente redacción que no tiene excepción expresa sea en la legislación civil o laboral:

> "**Artículo 1328°.-**
>
> Es nula toda de estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.
>
> También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor por dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público".

De lo expuesto fluye pues que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador no puede ser objeto de renuncia o limitación siendo de aplicación lo que al respecto señala el artículo mencionado del Código Civil.

10.2. ¿Es posible establecer una cláusula penal en un contrato de trabajo o documento posterior?

No existe ninguna norma que regule esta situación en la legislación laboral, razón por la cual necesariamente tenemos que recurrir al Código

Civil que la permite bajo determinadas condiciones.

En lo que se refiere a la cláusula penal debemos indicar que la celebración de cualquier contrato de trabajo nos lleva a la situación tantas veces señalada de la desigualdad que existe entre los contratantes. No se pone en discusión que generalmente al momento de celebrarse un contrato de trabajo el trabajador se encuentre en una posición de debilidad contractual, en la cual, en la mayor parte de los casos, tiene que someterse a las condiciones que le pudiera imponer el empleador. Una de ellas podría ser la cláusula de la que implica una valoración previa del daño que se pudiera ocasionar como consecuencia de un incumplimiento contractual por parte del trabajador.

Respondiendo a la pregunta formulada, consideramos que resulta legalmente posible el establecimiento de una cláusula penal para asegurar el resarcimiento de un eventual daño por incumplimiento de las obligaciones del trabajador. Lo que sí podemos anticipar es que, en caso de controversia, cualquier juez, especialmente el laboral, aplicará el interior de la reducción establecida en el artículo 1346° del Código Civil, el cual señala que: "El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".

11. COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE EVENTUALES DEMANDAS PLANTEADAS POR EL EMPLEADOR CONTRA EL TRABAJADOR POR EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

La Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, señala de manera expresa la competencia de los jueces de trabajo para conocer de las reclamaciones interpuestas por el empleador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador. Paradójicamente no ha resuelto la situación inversa, esto es, la de los reclamos que por el mismo concepto hubiesen formulado los trabajadores contra los empleadores. El inciso j del artículo 4° la norma a que nos referimos, señala como uno de los temas de competencia de los juzgados de trabajo: "Indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales, cualquiera fuera su naturaleza, por parte de los trabajadores".

Se trata pues de dos situaciones diferentes: la primera, referida exclusivamente al la demanda dirigida a obtener una reparación por el daño causado sobre la base de la compensación por tiempo de servicios del trabajador, que está reservada únicamente a los casos de despido por comisión de falta grave que origina daño. La segunda está referida a la indemnización por cualquier incumplimiento. La diferencia entre una y otra situación se encuentra simplemente en la posibilidad de que en un caso se afecte la compensación por tiempo de servicios, y en otro no.

En lo que se refiere a la demanda de responsabilidad a ser interpuesta con la finalidad de afectar la compensación por tiempo de servicios, ella se encuentra se sujeta a un plazo de caducidad de treinta días, tiempo durante el cual se pueden gestionar la retención de la entrega de la compensación al trabajador. Vencido el referido plazo ya no es posible afectar la compensación por tiempo de servicios, que debe ser entregada al trabajador. Sin embargo, sí se podría iniciar la demanda para afectar cualquier otro patrimonio del trabajador, pero, ya no será posible hacerlo con la CTS.

11.1. ¿Puede el empleador repetir contra el trabajador por cualquier indemnización que hubiese tenido que pagar a terceros por actos propios de su trabajador?

La respuesta la encontramos en diversos artículos del Código Civil que regulan la responsabilidad del empleador por los actos de su subordinado[29]. Existe la posibilidad de que el empleador repita por el trabajador cuando se haya visto obligado a pagar el total de la obligación (artículo 1983° del Código Civil). Igual situación se podría dar por parte de la compañía aseguradora cuando esta haya cumplido con el resarcimiento de los daños.

12. CONCLUSIONES

- El trabajador es responsable por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones tanto

(29) Esta responsabilidad está regulada en el artículo 1981 del Código Civil: "Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

contractuales como legales que le impone la naturaleza de su relación laboral con el empleador.

- Esta responsabilidad que fluye tanto del efecto de cualquier incumplimiento de una obligación legal o contractual que genera un resultado dañoso no se ve exonerada, reducida o limitada por efecto de los principios protectores que el Derecho del trabajo ha establecido a favor del trabajador como consecuencia de su posición desigual frente al empleador dentro de su relación con este.
- En algunos casos especiales la responsabilidad por los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador puede afectar la compensación por tiempo de servicios. En los demás casos solamente afectará el patrimonio del trabajador con excepción de los beneficios estrictamente laborales que están dentro de la protección de principios especiales como es el caso del principio de intangibilidad de las remuneraciones.
- De acuerdo con la legislación procesal vigente el juez competente para conocer de cualquier reclamación a interponerse por el empleador contra el trabajador para perseguir la reparación de los daños provenientes del incumplimiento de sus obligaciones contractuales debe tramitarse ante el juez especializado laboral.

BIBLIOGRAFÍA

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, "Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 43, Lima, 2002.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

MARTÍNEZ COCO, Elvira, "La responsabilidad por el hecho de los dependientes", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 4, Lima, 1997.

PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1979.

PIZARRO DIAZ, "La reparación del daño causado por el despido nulo", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Lima, 2001.

TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La responsabilidad en el Derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

TEMAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA RENUNCIA EN EL PERÚ

Juan Carlos Cortés Carcelén

SUMARIO: 1. Unas palabras previas. 2. Introducción. 3. Regulación. 4. Precisiones previas. 5. La puesta a disposición como renuncia. 6. El aviso previo. 7. El despido indirecto. 8. Extinción del contrato de trabajo en el caso de la reposición. 9. Jubilación como causa de extinción. 10. La renuncia en el contrato a plazo fijo. 11. Renuncia en el periodo de prueba. 12. Renuncia incentivada. 13. A manera de conclusión.

1. UNAS PALABRAS PREVIAS

Personalmente, siempre he visto en don Lucho dos virtudes excepcionales. La primera, la búsqueda incesante del diálogo, del reconocimiento del otro y la apropiación del consenso, y, ciertamente, me hace creer que esta es posible. La segunda, la manera como se acerca a las personas y a los temas laborales, de tal forma que brinda tranquilidad y comodidad para que uno exprese sus ideas. Don Lucho ha aportado y aportará mucho al Derecho del trabajo y a la seguridad social con la revista (*Análisis Laboral*), con la generación de institucionalidad, con sus aportes doctrinales; sin embargo, tengo la ligera sospecha que su aporte fundamental es como ser humano.

2. INTRODUCCIÓN

El objetivo que nos hemos trazado es presentar reflexiones sobre la institución de la renuncia al empleo sobre la base de la regulación peruana en esta materia. Con esta finalidad, presentamos el contenido de su escueta regulación, para luego plantear diversos supuestos vinculados a la extinción de la relación de trabajo por decisión unilateral del trabajador, que generan debate.

Generalmente, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador es la que causa mayor interés entre los autores; lo cual es totalmente lógico, dado el desequilibrio inicial en la relación de trabajo, la constatación de que el empleo es un bien escaso, y de las consecuencias que ocasiona el despido.

Sin embargo, la renuncia del trabajador al empleo genera, también, una serie de interrogantes y problemas que nuestra legislación no resuelve, de ahí la necesidad de alentar la discusión sobre esta materia.

3. REGULACIÓN

El artículo 16°.b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) establece que una causa de extinción del contrato de trabajo es "la renuncia o retiro voluntario del trabajador". Asimismo, el inciso f del mismo artículo señala como causa de la extinción la jubilación.

Un primer aspecto referido a este artículo es que no se diferencia la causa que legitima o justifica la extinción, de quién está facultado para tomar la decisión de la extinción. Por ejemplo, en el caso de la jubilación encontramos que la causa que legitima o justifica la extinción es el acceso a una pensión; sin embargo, quien puede tomar la decisión de la extinción puede ser tanto el empleador como el trabajador, dependiendo de los supuestos regulados en la ley. Esta distinción es importante, además, para el caso del mal llamado despido indirecto, que trataremos más adelante, en el cual la decisión de la extinción del contrato de trabajo recae en el trabajador, pero la causa es la conducta del empleador.

Específicamente la LPCL establece en el artículo 18° lo siguiente con respecto a la renuncia:

> "**Artículo 18°.-** En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El

> empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día".

Complementariamente, el reglamento de la LPCL, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, dedica dos artículos a la renuncia, que son:

> "**Artículo 27°.-** La negativa del empleador a exonerar el plazo de preaviso de renuncia obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo".
>
> "**Artículo 28°.-** La puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivale a una renuncia y se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 51° de la Ley [artículo 18° de la LPCL]".

Como puede observarse, la regulación es bastante escueta y está dirigida principalmente a regular la carga que se le impone al trabajador al momento de renunciar, la cual consiste en el plazo para avisar al empleador de la decisión adoptada por el trabajador. También regula la denominada puesta a disposición del cargo.

El legislador peruano, generalmente, ha regulado esta institución bajo la presunción de que el trabajador pretende conservar el empleo, por lo que simplemente debe establecerse determinadas garantías al empleador, como es el caso del aviso previo.

4. PRECISIONES PREVIAS

4.1. Denominación

No existe una denominación única en la legislación comparada para referirse a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Se le denomina "dimisión", "desistimiento", "retiro", "abandono", etc. Dependiendo del país, cada una de estas denominaciones tiene un significado distinto para expresar la institución general o una parcela de ella, por ejemplo, diferenciando la extinción incausada o aquella basada en un incumplimiento por parte del empleador.

Sobre este tema se ha señalado como mejor expresión "extinción" (resolución) por voluntad del trabajador frente a los términos "dimisión", "despido por el trabajador" (despedirse del empleador) o "abandono".

En el Perú hemos optado principalmente por denominarle 'renuncia', en cuanto expresión de la disposición del trabajador de no continuar en el empleo.

4.2. La renuncia y la libertad de trabajo

Un aspecto importante a destacar es que se establece en la regulación una mayor flexibilidad al trabajador para extinguir el contrato de trabajo. Esta situación tiene como base el respeto a la libertad de trabajo, en cuanto, no se puede obligar al trabajador a laborar de manera en contra de su voluntad.

Si se estableciera muchas trabas para poder extinguir el contrato de trabajo o se impidiera terminarlo, estaríamos ante supuestos de violación de aquel derecho constitucional.

En la Constitución peruana, la libertad de trabajo está reconocida en el inciso 15 del artículo 2°(1) y en el artículo 23°, último párrafo(2); en consecuencia, la regulación infraconstitucional de la renuncia debe responder a los criterios establecidos en los artículos señalados.

Al respecto se ha señalado que "esta facultad cuenta con menos trabas que en el lado empresarial, entre otras razones, por la necesidad de salvaguardar la libertad profesional del trabajador"(3).

En este contexto, la principal manera de expresar ese respeto a la libertad de trabajo es la de no exigir una causa habilitante al trabajador para que surta efectos legales la renuncia. Basta entonces, su sola decisión

---

(1) **Constitución Política del Perú**

"**Artículo 2°.-** Toda persona tiene derecho:

[...].

15. A trabajar libremente, con sujeción a la ley".

(2) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

(3) MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCÍA MURCÍA, Joaquin, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 743.

para que opere válidamente la terminación del contrato de trabajo. En consecuencia, "La dimisión [...] como causa de extinción del contrato de trabajo, puede definirse como facultad del trabajador de resolver libre y voluntariamente el contrato de trabajo, *sin necesidad de alegar causa*"(4) (las cursivas son nuestras).

La falta de necesidad de una causa que justifique la terminación de la relación de trabajo es una expresión del principio protector del Derecho del trabajo y, como se ha señalado, de la libertad de trabajo.

Es por que se ha manifestado que "el carácter tuitivo que el Derecho del trabajo tiene respecto del trabajador ofrece una de sus aplicaciones: mientras que el empresario ha de basar siempre sus decisiones resolutorias en causas predeterminadas, el trabajador puede resolver el contrato de trabajo de duración indefinida sin causa alguna"(5).

En esta misma línea y considerando las particularidades del contrato de trabajo, se ha manifestado: "Recoge esta causa la libre manifestación del trabajador como supuesto extintivo, lo que significa una muestra más de la especialidad del contrato de trabajo dentro de la teoría general de la contratación: es posible que la relación contractual quede finalizada por la exclusiva voluntad del trabajador. Se protege así la libertad del trabajador de quedar o no sujeto a un trabajo"(6).

Reforzando estas ideas, Neves Mujica ha señalado: "Si el trabajador no quiere cumplirla, el empleador puede sancionarlo, pero no puede compelerlo a trabajar. Lo mismo sucedería si se hubiera establecido un plazo de duración para la relación laboral y bastante antes de su vencimiento el trabajador decidiera ponerle fin. En este caso, podría haber [sic] lugar al pago de una indemnización por responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, pero no imposición de trabajo. La libertad de trabajo opera, pues, desde el nacimiento de la relación laboral en adelante, a lo largo de toda su vida"(7).

---

(4) Ibídem, p. 744.

(5) MONTOYA MELGAR, Alfredo, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el Derecho laboral peruano*, ARA, Lima, 2002, p. 32.

(6) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1027.

(7) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP. Lima, 2000, p. 24.

4.3. Carácter recepticio

La renuncia es una acto unilateral, que no necesita aprobación de la contraparte, pero sí que esta reciba la notificación de la decisión del trabajador.

Al respecto se ha señalado: "A estos efectos, es doctrina jurisprudencial consolidada que la dimisión se configura como declaración de voluntad de carácter recepticio. Lo cual significa, por de pronto, que para que produzca plenos efectos, y suponga la extinción del contrato de trabajo, es necesario que sea conocida por el otro contratante; si bien no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, pues basta que la conducta seguida por el trabajador manifieste de modo indiscutido su opción de poner fin al contrato"(8).

Ahora bien, algunos autores consideran que este carácter se cumple con la realización de todos los esfuerzos para que la declaración llegue al empleador. "Tratándose de una declaración recepticia de voluntad, es claro que debe llegar –o que deben hacerse todos los esfuerzos razonables que la buena fe exige para que llegue– al empresario destinatario"(9).

4.4. Expresión de la voluntad del trabajador

Para que la renuncia sea válida es imprescindible que sea una declaración que surja de la voluntad del trabajador, que no sea coaccionada por el empleador. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando lo siguiente (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 628-2001-AA/TC, del 10 de julio de 2002, Caso Elba Gabriela Rojas Huamán, Fundamento N° 4):

> "Los hechos descritos en la demanda, llevados a cabo para dar cumplimiento a una disposición de la [empresa], con el mecanismo de trasladar a la recurrente en horas de la noche a una localidad distinta a la de su centro de trabajo habitual, contrastan con cualquier presunción de que el propio trabajador, haya

(8) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

(9) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 471.

> sido quien voluntariamente optó por extinguir su vínculo laboral. Por el contrario, aparece una declaración de voluntad cuyo instrumento es presentado en la mesa del funcionario indicado, pero bajo un cargo de recepción, que en este caso no existe, como tampoco aparece en dicha carta el lugar o ciudad donde se giró, actos estos que ponen de manifiesto la ventaja numérica y funcional con que ha actuado la empresa demandada para la obtención de su propósito"(10).

En este caso una serie de hechos llevan a este tribunal a señalar que la renuncia no ha sido fruto de la voluntad del trabajador, sino que ha existido una presión desmesurada por parte de los representantes del empleador. Ciertamente, no. Para que exista coacción no basta una simple presión por parte del empleador, sino que dicha presión sea totalmente desproporcionada, para lo cual deberán evaluarse las circunstancias concretas.

Refiriéndose a este tema se ha manifestado que "la expresión de libre voluntad [...], ha de ser de tal naturaleza que se deduzca la espontánea y unilateral decisión de poner fin a la relación concertada, requiriendo una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita demuestra el deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo"(11).

La voluntad del trabajador en resolver el contrato de trabajo no es una amenaza o una exteriorización sin sustento fáctico, sino que no debe quedar duda sobre la intención. "La manifestación de voluntad de poner fin a la relación debe ser expresa, de manera tal que la simple amenaza no es capaz de configurar el despido o el retiro"(12).

Se ha discutido si la sola voluntad del trabajador es insuficiente en la relación laboral con entidades públicas, en la que la renuncia tiene que ser

---

(10) La sentencia funda su decisión en que el Derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Constitución (Fundamento N° 6). Resulta también interesante que en este caso se señale que los pagos hechos por la empresa deben ser regresados por la trabajadora, sin perjuicio que la demandada pueda repetir en su oportunidad con arreglo a ley para su reembolso o deducirlo de los beneficios que en el futuro correspondan a la demandante (Fundamento N° 7).

(11) PALOMEQUE LÓPEZ/ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 1027.

(12) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 554.

aceptada. Desde nuestro punto de vista, no es ni debería ser necesaria una declaración de la administración, porque de lo contrario no estamos ante una renuncia, y en todo caso, si se aceptara dicha declaración de la entidad estaríamos ante un supuesto en el cual la libertad de trabajo estaría supeditada a la subjetividad de un funcionario.

4.5. Forma escrita

En el caso de la norma peruana se requiere que la renuncia se realice por escrito. Carlos Blancas al respecto señala: "Por ello, la renuncia del trabajador se configura como un acto recepticio, en cuanto se exige que el trabajador comunique al empleador su voluntad extintiva, a fin de que esta pueda surtir plenamente sus efectos.

De allí que la forma escrita resulte necesaria, y hasta indispensable, para que se haga efectiva la renuncia del trabajador; no siendo suficiente, para que esta se configure, la mera cesación material, o de hecho, de la actividad laboral, pues en tal caso lo que ocurre es el 'abandono de trabajo' que implica una desaparición súbita e intempestiva del lugar de trabajo"[13].

La formalidad requerida por la normativa tiene como finalidad que el empleador conozca de la decisión del trabajador, pero también que el trabajador tenga una prueba de fácil comprobación de que su voluntad fue expresada y recibida por el empleador.

Se discutirá posteriormente los efectos de la renuncia verbal y aquella que se expresa de manera distinta.

5. LA PUESTA A DISPOSICIÓN COMO RENUNCIA

Como se ha señalado, la regulación específica dispone que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivale a una renuncia. Conceptualmente hay un problema en tanto la renuncia se basa en la sola decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo; sin embargo, en este caso, la puesta a disposición requiere de un acto del empleador para que tenga efectos, es solo una oferta que tendrá efectos jurídicos cuando

[13] BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 33.

esta sea aceptada. En consecuencia, no es una renuncia, sino que es una declaración en la que se señala a la otra parte la disposición de extinguir el contrato de trabajo, y que necesita de la aceptación para efectos de tener consecuencias jurídicas.

La puesta a disposición, como está regulada en el reglamento, es en realidad la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes: el trabajador que señala a través de la puesta a disposición de su cargo la voluntad de extinguir el contrato de trabajo y la voluntad del empleador que converge en que el contrato se extinga.

Lo dicho concuerda con lo señalado por Blancas, cuando indica que: "Obviamente, predomina en este criterio el hecho de que es el trabajador quien manifiesta su voluntad de dejar el cargo que desempeña, por lo que no sería congruente equiparar, en este caso, la decisión del empleador de aceptar la terminación del contrato de trabajo al despido, siendo tan solo posible asimilar la figura de la 'puesta a disposición del cargo' a la renuncia o, con mayor propiedad aun, al mutuo disenso"(14).

En tanto la renuncia tiene que ser la expresión de la voluntad del trabajador y, por lo tanto, una decisión libre; la puesta a disposición tendría que demostrar la decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo, y no solo la de dejar el cargo, y que, además, dicha expresión sea realmente voluntad del trabajador.

Sobre este tema se han pronunciado algunas resoluciones judiciales. Por ejemplo, la Casación N° 2091-2004-Cono Norte de Lima, del 21 de noviembre de 2005, publicada en el *Peruano* el 1 de agosto de 2006, en donde se señala lo siguiente:

> "**Sexto:** Que, para que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador sea equivalente a una renuncia, *es imprescindible que la renuncia sea una expresión libre de voluntad del trabajador a efectos de dar por terminada la relación laboral*, por cuanto, la decisión de renunciar al puesto de trabajo directamente relacionada a la expresión de la voluntad del trabajador. **Séptimo:** Que, en el caso de autos, *el trabajador fue conminado por el empleador a poner a disposición el cargo que ostentaba*, según se ad-

(14) Ibídem, p. 34.

> vierte de la carta número cero sesenta-P/dos mil uno, de fecha veintiséis de julio de dos mil uno (fojas tres) cursada por el Presidente del Directorio al Gerente General para que disponga que el personal directivo de la empresa que ocupan cargos de confianza pongan sus cargos a disposición del Directorio, que motivó que el trabajador diera respuesta mediante Carta de fecha primero de agosto del mismo año, indicando que "en atención a lo solicitado en la Carta número cero sesenta-P/dos mil uno [...] comunicada en Comité de Gerentes del día miércoles primero de los corrientes, con el fin de poner a su disposición el cargo de Gerente Postal" (las cursivas son nuestras).

Del mismo modo, en la Casación N° 2115-2004-Lima, del 21 de noviembre de 2005, publicada en *el Peruano* el 2 de mayo de 2006, se señala:

> "**Undécimo:** Aun en el supuesto negado que se pudiese reputar que el trabajador puso su cargo a disposición de la emplazada, cabe resaltar que este acto no fue producto de una expresión fiel de su voluntad interna sino que fue determinado por el requerimiento que le efectuó su empleador (sometido incluso a un término perentorio de acuerdo al contenido del instrumento de fojas [...]), que, examinado bajo el contexto que en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un estatus particular de preeminencia, nos advierte que el ámbito de libertad e intención del actor al adoptar tal decisión se encontraba reducido".

La Corte Suprema considera que las comunicaciones que realiza el representante del empleador a fin de que los altos funcionarios pongan a disposición su cargo, es una orden y como consecuencia se pierde la voluntariedad del trabajador de extinguir la relación de trabajo.

Sobre estas sentencias se ha señalado: "A nuestro entender el fallo [...] es totalmente acertado, pues consideramos que no puede pretenderse darles alcances distintos al precepto del artículo 28° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, ya que ello implicaría no solo desnaturalizar los verdaderos efectos jurídicos de dicha norma, sino, también, legitimar a los empleadores o a sus representantes para que fraudu-

lentamente puedan despedir a sus trabajadores eludiendo las disposiciones legales de la materia"[15].

En consecuencia, en primer lugar, la puesta a disposición del empleador no es una renuncia, sino que podría ser considerada como acuerdo de voluntades para terminar la relación de trabajo. En segundo lugar, inclusive en este caso, es necesario que la voluntad del trabajador se exprese libremente y no sea consecuencia del ejercicio del poder que otorga la subordinación.

6. EL AVISO PREVIO

Nuestra legislación contempla como principal carga del trabajador la obligación de cumplir un plazo de treinta días anteriores a la terminación del contrato de trabajo.

Se entiende que cuando se usa el preaviso se obvie la exigencia de causa[16].

No se discute la validez de esta obligación al trabajador. Sobre esta materia Quiñónez ha señalado: "Concluiríamos entonces, afirmando que la exigencia de un preaviso como carga sobre el trabajador que condiciona su facultad de renunciar, resulta válida siempre que, buscando evitar innecesarios perjuicios al empleador, importe un plazo razonable y la posibilidad de su exoneración"[17].

6.1. El plazo

El objetivo de dicho plazo es que el empleador pueda buscar un reemplazo del trabajador renunciante u organizar las actividades de la empresa en función al alejamiento del trabajador.

---

(15) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor "Cuando el trabajador pone su cargo a disposición por pedido de su empleador, ¿se configura una renuncia o un despido?", en *Jus-Jurisprudencia*, N° 1, Lima, 2007, p. 382.

(16) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

(17) QUIÑONES INFANTE, Sergio Arturo, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, Tesis para optar el Título de Abogado, PUCP, Lima, 2004, p. 202.

El preaviso pretende "evitar extinciones intempestivas y el daño que puedan ocasionar en los legítimos intereses de aquel que desea seguir vinculado por el contrato o, simplemente, no se ha planteado la posibilidad de su extinción"[18].

Esta carga que se le impone al trabajador afecta su libertad de trabajo, sin embargo, se considera que es una limitación temporal y razonable, a efectos de no crear un perjuicio al empleador con la decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo.

En consecuencia, este aviso previo no afecta los artículos constitucionales reseñados, en cuanto el derecho allí incluido cede temporalmente para no afectar otros derechos y bienes protegidos.

Se ha entendido que el plazo optado por la legislación peruana es razonable; sin embargo, si la legislación incrementara el número de días, abriría la puerta a una discusión constitucional (o si por ejemplo, a determinado grupo de trabajadores se le impusiera un número mayor de días).

Este plazo puede ser mayor siempre y cuando sea una concesión del trabajador, adoptada libremente, sin ningún tipo de coerción por parte del empleador o que responda a los intereses del trabajador. En consecuencia, la cláusula en el contrato de trabajo que establezca un plazo mayor para el preaviso será optativa para el trabajador, en cuanto en el momento correspondiente decidirá, de acuerdo a sus intereses, si brinda un plazo mayor al que está contenido en la norma. Dicha cláusula en un contrato de trabajo tendría visos de ilegalidad.

Un problema que puede plantearse es el supuesto en el cual el trabajador otorga el aviso previo, dentro del plazo establecido o con un plazo mayor, y antes de que opere el cese del trabajador, envíe una comunicación al empleador en la cual manifieste su desistimiento a renunciar. En este supuesto caben dos alternativas: la primera es que como no ha operado la renuncia, el trabajador legítimamente puede desistirse de la misma. Siendo una declaración unilateral, también puede eliminarse de la misma manera, antes de que surta sus efectos.

La segunda posición es que no es posible dejar sin efecto la renuncia sin el consentimiento del empleador, en tanto que la decisión de resolver

---

[18] FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, "Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", en *Derecho social*, Nº 4, Albacete, 1998, p. 67.

el contrato tiene efectos jurídicos frente a la otra parte, aunque estos efectos no hayan culminado, ya que terminarán con el cese efectivo. La renuncia es un acto unilateral que inicia sus efectos cuando el empleador es notificado por ella, es decir, cuando recibe la comunicación del trabajador. De ahí su carácter recepticio.

Este carácter "también significa que la decisión de dimitir, desde el mismo momento en que se comunica, constituye 'declaración de voluntad irrevocable', que ineludiblemente conduce a la extinción del contrato de trabajo, salvo acuerdo posterior de las partes en sentido contrario. Es [una] declaración de la que el trabajador no puede retractarse, a diferencia de la decisión empresarial de despido"(19)(20).

Consideramos que la segunda posición es la más sólida (compartiendo lo señalado por la mayoría de la doctrina) por el carácter de la comunicación del trabajador y porque están en juego derechos y bienes distintos del empleador que deben ser respetados.

Obviamente, el consentimiento del empleador puede ser tácito, esto es, que no requiere de una manifestación expresa del empleador, sino que bastaría con el hecho de que el trabajador siguiera laborando después de la fecha señalada por este para el cese. Luego de otorgado ese consentimiento expreso o tácito, el empleador no puede hacer uso de la primera comunicación del trabajador para determinar que la relación ha culminado.

Al respecto se ha señalado lo siguiente: "Si de un lado la retractación no es posible sin la conformidad de las partes, de otro, la continuidad en la aceptación mutua de las prestaciones respectivas hace que el preaviso decaiga"(21).

6.2. Exoneración

En el caso que el trabajador desee que la renuncia sea inmediata o que el plazo sea menor al establecido en la ley, tendrá que solicitar

(19) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

(20) Por nuestra parte consideramos que al igual que la renuncia, de producirse un despido, como acto unilateral, el empleador podría retractarse del mismo, pero para que tuviera efectos es necesario la voluntad expresa o tácita del trabajador. El empleador no podría por su sola voluntad revocar un despido que ya inició sus efectos.

(21) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

una exoneración al empleador. Este tiene la facultad de otorgar o no la exoneración.

Si se otorga la exoneración no se genera ningún problema y la fecha de cese será aquella en la que el trabajador deje de laborar. Esto es, el mismo día en que se solicitó la exoneración o hasta tres días después, plazo en el cual el empleador tiene la obligación de responder sobre la exoneración.

En el caso de que el empleador niegue la exoneración, de acuerdo con lo establecido en el reglamento, el trabajador tiene la obligación de seguir a disposición del empleador hasta la fecha establecida para el cese. Esta situación nos lleva al supuesto de la renuncia intempestiva que trataremos líneas más adelante.

De acuerdo con la normativa, el empleador puede exonerar el plazo de aviso por propia iniciativa o a pedido del trabajador. Esta última no genera mayores problemas; sin embargo, la primera sí, en cuanto frente a la decisión del empleador de exonerar caben dos posiciones. La primera señala que, una vez cursado el aviso de la renuncia, el empleador con su sola decisión puede determinar la fecha de la extinción de la relación de trabajo, es decir, el trabajador puede planificar el cese para dentro de treinta días, pero el empleador decide con su sola voluntad que sea el mismo día en que se cursó la comunicación.

La segunda posición sostiene que no basta la decisión de exonerar del plazo a iniciativa del empleador, pues no estaríamos ante la figura de la renuncia sino de un despido. En este caso, es necesaria la expresión de voluntad del trabajador de pedir que opere la exoneración y la determinación de la fecha de cese.

Nuestra posición es la segunda, ya que la legislación le da la posibilidad al trabajador de determinar la fecha de cese, lo que en la primera posición recaería en el empleador. En ambos casos, cuando la iniciativa de la exoneración parte del trabajador como cuando parte del empleador, la fecha es determinada de común acuerdo y de no existir este se aplicará la fecha señalada en el aviso.

Si bien la norma no es del todo clara y nos orienta hacia la primera interpretación, consideramos que la segunda es la que es coherente con la institución que se analiza, porque además podría causarse un perjuicio al trabajador (al no tener un ingreso en el periodo exonerado), lo que no es buscado por la normativa. En consecuencia, la norma establece que el

empleador puede tener la iniciativa, pero la fecha, en caso de exoneración, estará determinada por ambas partes.

Una solución distinta nos dice que el empleador podría resolver el contrato, pagando la remuneración correspondiente. Así, "puede también el empresario preavisado resolver por su parte sin esperar el transcurso del preaviso, en cuyo caso debe como indemnización los salarios correspondientes a este, sin que su decisión pueda considerarse como un despido"[22].

6.3. La renuncia intempestiva o abandono de trabajo

Podemos encontrarnos con los siguientes supuestos:

a. El trabajador renuncia por escrito sin otorgar preaviso, declarando su voluntad de extinguir inmediatamente el contrato de trabajo.
b. El trabajador renuncia por escrito, solicita la exoneración, no se la otorgan, y decide no volver al trabajo.
c. El trabajador no regresa a trabajar y no señala expresamente su voluntad de renunciar.

La diferencia sustancial entre los dos primeros casos y el tercero, es que en los primeros existe una declaración expresa de la voluntad de no continuar la relación de trabajo, mientras que en el último no existe una voluntad expresa.

En nuestro país consideraríamos los tres supuestos como abandono de trabajo y, por lo tanto, susceptible de sanción mediante el despido, de acuerdo con el artículo 25°.h de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[23]. Por ejemplo, se nos dice: "Obviamente, si el trabajador, pese al rechazo de su petición por el empleador, concluye de hecho sus

---

[22] Ibídem, p. 472.

[23] **Ley de Productividad y Competitividad Laboral**

"**Artículo 25°.-** Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

[...].

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos [...]".

labores, incurrirá en abandono de trabajo, conducta que la LPCL [...] tipifica como falta grave, justificativa del despido"[24].

En consecuencia, el término de la relación laboral estaría en manos del empleador, ya que podría esperar los 30 días de preaviso, o en su defecto despedir al trabajador. Desde esta posición se podría sostener que si el empleador nunca lo despide, esa relación continuaría vigente.

Desde nuestro punto de vista, debe distinguirse claramente la renuncia intempestiva (formal o no formal) del supuesto regulado en el artículo 25°.h señalado. Pues no significa que se trate de la misma institución: el abandono de trabajo se expresa en la no asistencia del trabajador a la empresa sin la voluntad de terminar el contrato de trabajo, en cambio, en la renuncia intempestiva sí existe una expresión de voluntad en la que no se cumple el plazo establecido en la norma. No obstante, reconocemos que es posible que en el tercer supuesto señalado, el empleador por seguridad acuda a este artículo en tanto puede ser de difícil probanza determinar que el trabajador ha decidido terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

Se ha sostenido que un trabajador no puede renunciar intempestivamente, en tanto debe cumplir con laborar durante el plazo de 30 días. En consecuencia, el trabajador, a pesar de haber expresado su voluntad de culminar el contrato de manera intempestiva, tendría que asistir a laborar, o en todo caso, el empleador debería esperar el transcurso de los tres días a efecto de despedir al trabajador, o esperar el transcurso del plazo de los 30 días a efectos de que el contrato culmine, en tanto que el empleador podría estar interesado en que transcurra ese plazo y que el trabajador esté todavía vinculado a él[25].

La irregularidad de esta situación ha sido señalada por parte de la doctrina. Así, "en el caso de la dimisión, básicamente, el preaviso fehaciente se eleva a elemento sine qua non de la regularidad del negocio extintivo, de modo que su contrario –la dimisión irregularmente efectuada, no preavisada– es constitutivo de 'abandono' del trabajador; un supuesto de naturaleza discutida"[26].

---

(24) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 34.

(25) Por ejemplo, si tuviera un interés económico de mantener la relación de trabajo para realizar algún cobro.

(26) FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", cit., p. 69.

En similar sentido se ha señalado: "En este caso (rescisión injustificada), toda vez que la decisión de separarse ha sido tomada por el trabajador, las consecuencias dependerán de que haya tenido o no derecho a renunciar a su trabajo, sin incurrir en responsabilidad. Teniendo ese derecho, la rescisión injustificada deberá equipararse a la renuncia *ad nutum*; no teniéndolo, se equipará a un abandono del empleo y deberá afrontar las consecuencias económicas respectivas"(27).

Es irregular, pero no se discute que consiste en una extinción del contrato de trabajo: "El preaviso, de todas formas, no es condición ineludible para la extinción del contrato, que puede producirse igualmente por dimisión no preavisada e incluso por dimisión tácita [...]. Pero su omisión puede generar derecho a indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte afectada, si se acreditan perjuicios [...]; indemnización que no tiene su causa en la ruptura del contrato sino en el carácter sorpresivo de la extinción"(28).

Veamos cada uno de los casos señalados anteriormente:

En el primer caso, el trabajador decide y comunica la fecha de cese del contrato de trabajo sin respetar el otorgamiento del plazo de preaviso. Desde nuestro punto de vista, el contrato fenece en la fecha que el trabajador señala. El trabajador de manera unilateral terminó el contrato de trabajo no respetando el plazo de ley y los efectos de su acto se dan en este momento. Cuestión distinta es la responsabilidad que tiene el trabajador por dicha decisión, ya que podría responder por los daños y perjuicios causados al empleador como consecuencia de su retiro intempestivo. Esto se condice con la garantía establecida en la Constitución, que nadie puede ser obligado a trabajar sin su consentimiento.

Similar situación encontramos en el denominado despido intempestivo. El empleador tiene la obligación de seguir un procedimiento al interior de la empresa, sin embargo, puede optar por no hacerlo sin justificación, por lo que dicho despido tendrá sus efectos legales en la fecha que el empleador haya decidido la finalización del contrato de trabajo, y también deberá asumir las consecuencias de ser considerado ese despido arbitrario.

---

(27) DE BUEN UNNA, Carlos, "La extinción de la relación de trabajo", en Nestor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (coords.), *Instituciones del Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Universidad Autónoma de México, México D.F., 1997, p. 515.

(28) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

Si bien hemos señalado que el plazo que establece la norma resulta razonable y que el trabajador tiene la obligación de estar a disposición del empleador durante ese periodo, el primero tiene la libertad de decidir no continuar a disposición del segundo, sometiéndose a la consecuencia de su acto.

Sobre este tema se ha señalado que "el efecto extintivo de la declaración de voluntad del trabajador, sin embargo, permanece tanto si se considera que el abandono es un negocio jurídico autónomo como si se considera que es una modalidad irregular de dimisión, precisamente, porque solo esta 'persistencia' funcional del desistimiento unilateral del trabajador garantiza la libertad de este como persona, primero, y como contratante, después"(29).

El trabajador de manera indubitable renuncia a la empresa y así lo comunica al empleador. Dicha relación culminó con la decisión del trabajador, no pudiendo subsistir una relación en la que la parte trabajadora se niega a estar a disposición del empleador.

En el segundo caso, el trabajador ya ha manifestado su voluntad de terminar el contrato de trabajo, y así lo ha recepcionado el empleador, solo que este se ha negado a exonerarlo del plazo correspondiente. En este supuesto, el trabajador decide terminar la relación de trabajo, a pesar de que el empleador le ha negado la exoneración. El trabajador toma la decisión de quebrar el contrato de trabajo en la fecha que él consideraba. Esa relación ya no existe, por lo que el despido que podría realizar el empleador no tiene efectos jurídicos. Por un lado, el trabajador decide la resolución unilateral del contrato, y el empleador desea que la ruptura sea trascurrido el plazo de ley. En este caso, prima la decisión del trabajador, con las consecuencias que tenga para este.

Obviamente la decisión del trabajador se tendrá que expresar no solo en la ausencia en el trabajo, sino en otros actos como se verá con ocasión del siguiente supuesto, salvo que hubiera enviado una comunicación al empleador señalando su decisión contraria a la no dación de la exoneración.

En el tercer supuesto, el trabajador resuelve el contrato de trabajo, pero no lo manifiesta de manera escrita, sino con hechos concretos. En

(29) FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", cit., p. 69.

este caso, la intención de terminar el contrato de trabajo estaba en el origen, pero para llegar a esa convicción debemos de contar con algunos elementos adicionales. "El abandono puede ocurrir mediante declaración expresa seguida de conducta inequívoca o solo mediante esta conducta. La conducta en cuestión es esencial; la resolución se exterioriza u ocurre 'abandonando el trabajo' [...], en cuanto el abandono sea revelador del propósito deliberado de dar por terminado el contrato, esto es, *de que en el ánimo del trabajador hay no una mera voluntad de incumplimiento de un deber contractual, sino la más exacta y entera de dejar de cumplir el contrato en sí mismo*"(30) (las cursivas son nuestras).

El abandono prolongado tiene como efecto ser una declaración de término del contrato de trabajo, sin que el empleador tenga que estar obligado a despedir al trabajador, sino que este ya determinó la culminación del contrato de trabajo.

> "Para que exista abandono no basta con una ausencia, la jurisprudencia exige que se manifieste una voluntad del trabajador explícita que no arroje ningún tipo de duda sobre el propósito de extinguir la relación laboral [...]. Esta exigencia es trascendental, pues si existe abandono el contrato de trabajo se entiende resuelto sin necesidad de que el empresario proceda al despido, pero si no lo hay la ausencia del trabajador se configura como un incumplimiento contractual que podría justificar el despido disciplinario"(31).

Complementariamente, "La ausencia del trabajo sin otra indicación no constituye abandono, en cuanto no es expresión inequívoca de la voluntad resolutoria. Puede en este caso ser una causa de despido si es reiterada y no justificada. Pero una ausencia larga sine díe, y sin aviso ni justificación, crea una presunción a favor del abandono; a contrario sensu, no una ausencia breve. La presunción se torna certeza si la justificación se pide y no se obtiene"(32).

---

(30) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 479.

(31) GARCÍA BLASCO, Juan, "Vocablo Abandono", en VV.AA., *Diccionario jurídico laboral*, Comares, Granada, 1999.

(32) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 478.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, son necesarios otros elementos que nos conduzcan a señalar que la intención de terminar el contrato de trabajo estaba en el origen, en tanto que la posibilidad de determinar la fecha exacta y la intención del trabajador reviste muchas dificultades. "La voluntad relevante es la que el trabajador tiene en el momento de abandonar, no la distinta que pueda tener en momento ulterior"(33).

Los elementos que pueden coadyuvar son diversos. "Una de las mayores dificultades que plantea el abandono es la averiguación de la voluntad real del trabajador: si en su comportamiento ha existido ánimo de ruptura o si, por el contrario, se trata tan solo de incumplimiento ocasional o transitorio. Las consecuencias de una u otra calificación son importantes para determinar las responsabilidades de cada parte del contrato; pues, si en caso de abandono se entiende que la extinción parte del trabajador, en caso contrario, las eventuales decisiones del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador podrían ser consideradas despido. De ahí que resulte de sumo interés determinar qué hechos o conductas del trabajador pueden considerarse como abandono del trabajo o prueba irrefutable de su intención de extinguir el contrato"(34).

Algunos ejemplos de esta situación pueden ser:

- El trabajador labore en el mismo horario de trabajo en otra empresa.
- El retiro de las pertenencias personales.
- Declaraciones del trabajador que muestren ese ánimo.
- Solicitud del pago de la liquidación de beneficios sociales.
- Solicitud de la comunicación a la entidad financiera para poder retirar los fondos de la cuenta de la compensación por tiempo de servicios.

Como se ha mencionado la decisión del trabajador puede tener consecuencias, por el incumplimiento efectuado. "El abandono es una conducta antijurídica de incumplimiento que, como tal, genera una responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios"(35).

(33) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 479.

(34) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 753.

(35) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 481.

Ahora bien, algunos autores señalan ciertos límites referidos a la indemnización. Por ejemplos, limitados al monto que significaría para el trabajador el haber laborado para el empleador:

> "Al contrario, si el trabajador extingue por su libre voluntad el contrato de trabajo sin mediar preaviso, abandonando bruscamente el trabajo (con o sin manifestación expresa), el empresario tiene derecho a reclamar una indemnización, derivada del incumplimiento, que comprende los perjuicios causados [...] salvo pacto válido en contra, esa indemnización no será superior al plazo, convencional o acostumbrado, de preaviso que el empresario puede descontar de la liquidación de salarios devengados y no percibidos"(36).

Cabe señalar que en algunas legislaciones esta situación se encuentra tasada, que no es el caso peruano.

También se le exige una conducta para que los daños no sean mayores que los necesarios:

> "Por lo demás, téngase en cuenta que el empresario ha de actuar con la diligencia ordinaria propia del acreedor de buena fe para mitigar los daños y perjuicios que se le han causado, y que estos, en los escasos supuestos ofrecidos por la práctica hoy [...] giran sobre la imposibilidad de sustitución de los servicios del trabajador por lo de otro de cualificaciones iguales o próximas(37).
>
> En nuestro ordenamiento no existe un parámetro para establecer la indemnización, por lo que se aplicará las reglas generales, teniendo en consideración que se trata de los perjuicios generados como consecuencia de la falta de dar el aviso previo y por el tiempo que el trabajador no laboró para el empleador (los treinta días).

(36) PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 1028.

(37) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 481-482.

7. EL DESPIDO INDIRECTO

El trabajador que se considera hostilizado puede accionar judicialmente para que cese la hostilidad u optar por la terminación del contrato de trabajo. En este último caso podrá demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario(38).

Con respecto a este tema se ha señalado:

> "Se está frente a un despido indirecto o autodespido, cuando el trabajador es el que se considera despedido por incumplimientos graves de su empleador u otras conductas del mismo que hacen insostenible la continuidad de la relación laboral [tales] como el no pago de salarios, su rebaja, el cambio unilateral de las condiciones esenciales de trabajo, trato discriminatorio, entre otras. Barbagelata, basándose en la jurisprudencia que investiga: 'el animus del empleador', distingue el despido indirecto o disimulado: en este, las actitudes del empleador demuestran que la verdadera intención del mismo es obtener la renuncia del trabajador; y situaciones objetivas de despido o despido tácito, esta no necesariamente conllevan una intención de parte del empleador de despedir"(39).

En este supuesto nos encontramos frente a una renuncia motivada por la conducta del empleador, de tal manera que como consecuencia de dicha conducta que causa un perjuicio al trabajador se le debe indemnizar. No estamos pues, ante un despido, sino ante una renuncia motivada,

---

(38) En otros ordenamientos la extinción solo se produce cuando sentencia judicial firme declara fundada la pretensión del trabajador, por lo que, deberá seguir prestando sus servicios durante la tramitación del proceso. Ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", cit., p. 70. "Se exceptúan supuestos en los que se ofrecen situaciones que por sí mismas ponen de manifiesto que resulta muy difícil la continuación de la convivencia (laboral)" (VIQUEIRA PÈREZ, Carmen, "Sobre la necesidad de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria ex artículo 50° del ET", en *Derecho Social*, N° 4, Albacete, 1998, p. 147).

(39) CASTELLS, María, "Terminación de la relación de trabajo. Seguridad del empleo. Indemnizaciones", en *Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República (El derecho laboral del MERCOSUR Ampliado), FCU, OIT-Cinterfor, Montevideo, 2000, p. 164.

en cuanto es la decisión unilateral del trabajador (causada por los hechos u omisiones realizados por el empleador) la que extingue el contrato de trabajo. "El contrato de trabajo se extingue por decisión del trabajador, la misma que se materializa mediante el retiro efectivo de este de sus labores habituales"(40).

La confusión de asimilarla a un despido proviene de la propia legislación, en tanto el artículo 30° de la LPCL señala que "son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes", señalando a continuación las causales que el trabajador puede optar por extinguir el contrato de trabajo. De manera general, y no referido a nuestra normativa, De Buen Unna lo explica de esta manera: "La doctrina habitualmente se refiere a esta causa de extinción como 'despido indirecto', en tanto refleja una conducta indebida del empleador, que sin llegar a despedir al trabajador, fuerza su salida"(41).

En consecuencia, consideramos que la normativa es errada al señalar que se trata de un acto equiparable al despido; en primer lugar, porque la solución del mismo no pasa necesariamente por la terminación de la relación de trabajo; y en segundo lugar, porque el despido es la decisión unilateral del empleador de resolver el contrato de trabajo, en cambio en este caso la decisión es del trabajador.

Se constata que el legislador confunde lo que significa la causal que legitima la resolución unilateral del contrato, de la propia decisión. La primera en este caso son actos del empleador que justifican la decisión del trabajador de resolver el contrato, pero como se ha dicho no se puede equiparar al despido. Cosa distinta es que se sancione al empleador por su ilegal acto con la misma indemnización que se le impone en el supuesto de un despido arbitrario.

Cuando el trabajador ha optado por la terminación del contrato de trabajo, dicha decisión es irrevocable, "Si la causa alegada por el trabajador como fundamento de la extinción es un incumplimiento del empresario, aunque la revisión de su decisión muestre que el incumplimiento no ha existido, o que no era grave o culpable, el ordenamiento puede reaccionar adicionando a la resolución consecuencias anormales o sanciones

(40) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 427.

(41) DE BUEN UNNA, Carlos, "La extinción de la relación de trabajo", cit., p. 515.

(indemnizaciones) pero no privando al acto de su eficacia"[42], ya que no se puede imponer la continuidad de la relación al trabajador.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL CASO DE LA REPOSICIÓN

El tercer párrafo del artículo 34° de la LPCL establece que 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 por despido arbitrario.

En este último caso, cuando el trabajador opta por el pago de la indemnización, está decidiendo unilateralmente por resolver el contrato de trabajo, es decir, estamos ante una renuncia basada en un acto ilegal del empleador (el despido que ha sido considerado nulo por la judicatura).

Esta situación se parece más al supuesto de la renuncia por actos de hostilidad que al despido arbitrario. En este caso, el juez declara la nulidad del despido por lo que la relación de trabajo ha continuado hasta el momento en que el trabajador decide terminarla.

Existen consecuencias importantes al determinar en qué momento culmina la relación de trabajo. Si culmina al momento de la ejecución de sentencia, el empleador deberá de abonar las remuneraciones devengadas y todos aquellos conceptos que le correspondan al trabajador[43].

> "De hecho, entiéndase, tal variación, aunque supone la terminación del vínculo laboral, no comporta cambio alguno en la pretensión del demandante, puesto que ella sigue orientada a lograr la nulidad del despido por ser este lesivo de derechos fundamentales. Por lo que, en definitiva, aun cuando la condena a la reposición sea sustituida por un equivalente pecuniario, ello no determinará la extinción de las demás condenas que se anudan a la

(42) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

(43) El primer párrafo del artículo 54° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, señala que: "El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional".

declaración de nulidad: el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el abono de los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios"(44).

De manera complementaria se señala que: "Por ello, la opción del trabajador por la indemnización no supone admitir la eficacia del despido nulo desde la fecha en que este se produjo, porque ello sería una contradicción notoria con su calificación como 'nulo'. En este caso, la relación laboral se tiene por concluida a partir del momento en que el trabajador manifiesta su opción de reemplazar la reposición por la indemnización, esto es, que por haberse declarado la nulidad del despido, la relación laboral se reputará vigente hasta el momento en que el trabajador opta por la indemnización, siendo el efecto de dicha opción únicamente el de sustituir una medida reparadora, de naturaleza restitutoria, –la reposición– por otra medida reparadora, de naturaleza resarcitoria, –la indemnización–, sin modificar otros efectos de la sentencia que declara nulo el despido, como el pago de las remuneraciones devengadas"(45).

9. JUBILACIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN

En el caso de la jubilación se establecen dos posibilidades, la primera es que el empleador decida el término de la relación de trabajo de manera unilateral para que el trabajador pueda acceder a una pensión de jubilación. Esto puede suceder cuando el trabajador cumpla los 65 años de edad, en el cual el empleador asume el pagar una pensión complementaria, y los 70 años de edad, cuando esta es obligatoria y automática.

La segunda es que el trabajador renuncie al empleo para acogerse a la jubilación, y por ende, contar con una pensión, ya sea del sistema privado de pensiones o del sistema público de pensiones.

En esta situación claramente nos encontramos en el supuesto en el que la jubilación es la causa que legitima la renuncia, pero quien decide la misma es el trabajador. En realidad, este supuesto no tiene mayor relevancia, porque perfectamente el trabajador podría renunciar sin establecer la

(44) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales*, PUCP, Lima, 1999, p. 311.

(45) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 354.

causa de la misma y acogerse inmediatamente al régimen de pensiones al que estuviera afiliado.

Al respecto se ha señalado que "[...] la jubilación es un derecho potestativo o de ejercicio voluntario del trabajador quien, cumplidos los requisitos de edad y cotizaciones exigidos por la legislación de Seguridad Social, extingue su contrato porque libremente solicita y obtiene la pensión de jubilación"(46).

10. LA RENUNCIA EN EL CONTRATO A PLAZO FIJO

Se ha sostenido que en los casos de contratos sujetos a modalidad en los cuales se ha pactado un plazo determinado, el trabajador tiene la obligación de continuar laborando hasta la finalización del mismo, no pudiendo resolver el contrato antes de la fecha prevista. En buena cuenta esta posición señala que no es posible la renuncia en los contratos sujetos a modalidad. "Por lo demás, es siempre técnicamente un abandono la resolución por el trabajador *ante tempos* [sic] sin causa de un contrato de duración determinada"(47).

También se ha señalado que "consecuentemente, se ha negado su aplicación a los contratos de duración determinada, por diversas razones: porque en ellos el trabajador se obliga a prestar sus servicios durante un tiempo mínimo que necesariamente ha de respetar, y *porque en ese caso hay escasas posibilidades de lesión de libertades profesionales del trabajador, al estar prevista la ruptura de la relación*"(48) (las cursivas son nuestras).

Nuestra posición en este tema es que el derecho del trabajador de renunciar al trabajo, de acuerdo con lo establecido en la normativa, es de aplicación tanto en un contrato indefinido como en el caso del contrato a plazo determinado. En primer lugar, porque la normativa que regula la renuncia es de aplicación general, no estableciéndose una restricción de su aplicación a los contratos temporales.

En segundo lugar, como se ha manifestado, el artículo 23° de la Constitución establece que nadie puede ser obligado a trabajar sin su consenti-

(46) PALOMEQUE LÓPEZ / ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 980.

(47) ALONSO OLEA / CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 980.

(48) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 744.

miento, y que una restricción mínima y amparada legalmente es el plazo de aviso de los 30 días. Sin embargo, por la propia naturaleza del contrato de trabajo no es posible obligar al trabajador a continuar laborando en el contrato a plazo determinado en contra de su voluntad.

En tercer lugar, el plazo de los contratos a plazo fijo, si bien aparentemente es la voluntad de las partes, en la realidad es la decisión del empleador, la que determina el tipo de contrato que se le aplicará al trabajador, en los supuestos en los que puede optar entre el contrato indefinido y el plazo determinado. Además, resultaría contradictorio que en el contrato, donde se debe proteger más al trabajador, se le limite la posibilidad de salir de él.

En cuarto lugar, de no poder renunciar en un contrato de trabajo a plazo determinado resultaría que la institución de la renuncia, legalmente ejercida, no podría ser aplicada a este caso.

En quinto lugar, la libertad de trabajo no es únicamente el que se establezca la posibilidad de ruptura del contrato de trabajo temporal, sino que significa la posibilidad del trabajador de quebrar dicho contrato en resguardo a su derecho constitucional, cualquiera fuere la duración del contrato.

En consecuencia, el trabajador podrá renunciar al trabajo aplicando las normas vigentes cuando está contratado en un contrato a plazo determinado.

Algunos autores han invocado los límites temporales a las cláusulas de permanencia, a efectos de compatibilizar la imposibilidad de renunciar con el plazo establecido en el contrato(49). Desde nuestro punto de vista, esto no es una solución, en cuanto igualmente se puede afectar al trabajador en su libertad de trabajo.

En lo que se refiere a los pactos de permanencia, entendemos que la situación es distinta a los contratos temporales. "Si bien en el Perú no existe regulación expresa que contemple la posibilidad de suscripción de un pacto de permanencia, lo anterior no significa que aquí la libertad de trabajo, constitucionalmente acogida, proscriba la suscripción de este tipo de acuerdos. Lo que ocurre es que, en tanto estos pactos constituyen una limitación al derecho fundamental a la libertad de trabajo, su validez estará supeditada a un examen de proporcionalidad y razonabilidad"(50).

(49) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 471.

(50) PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, Estudio Gonzales & Asociados, Lima, 2006, p. 138.

Estas cláusulas están asociadas a una inversión del empleador en la capacitación del trabajador en el que se asume el pago de la formación, y posiblemente los gastos del trabajador y la remuneración.

En el pacto de permanencia, el trabajador también podrá renunciar al contrato de trabajo, pero lo que estará en discusión será principalmente la sanción pecuniaria (cláusula penal) que se haya establecido en el contrato, referida a la inversión realizada por el empleador en la capacitación del trabajador.

11. RENUNCIA EN EL PERIODO DE PRUEBA

El objetivo del periodo de prueba es que las partes puedan evaluarse mutuamente a efectos de continuar la relación de trabajo. Evaluarán entonces, la adecuación al trabajo, el equipo de trabajo, etc.

Si bien teóricamente la evaluación es de ambas partes, en los hechos, dado que el empleo en un bien escaso, la evaluación recaerá principalmente sobre el trabajador. La norma establece claramente que al término de dicho periodo "el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario", lo que conlleva que el empleador podrá despedir al trabajador sin que medie una causa justa señalada en la ley(51).

De igual manera, aunque la normativa no sea explícita en este tema, el trabajador podrá resolver unilateralmente el contrato de trabajo sin estar obligado a cumplir con el plazo de los 30 días de aviso previo. En este supuesto estamos ante una renuncia intempestiva, amparada por la normativa.

12. RENUNCIA INCENTIVADA

Hablamos de la renuncia incentivada cuando el empleador otorga un beneficio a cambio de que el trabajador presente su renuncia.

Queda claro que esta situación no es propiamente una renuncia, en tanto que la contraprestación del empleador al trabajador para que el con-

(51) Aunque consideramos que el trabajador tiene la protección de la regulación del despido nulo, en tanto en este caso se afecta un derecho fundamental especialmente protegido el que no puede ceder frente a la facultad del empleador de resolver unilateralmente el contrato de trabajo.

trato se termine le da otro carácter. Estamos en realidad ante un contrato entre el empleador y el trabajador, por lo que se asimila a la extinción por muto disenso.

No queremos decir que no existe voluntad del trabajador, lo cual puede suceder[52], sino que no presenta la institución de la renuncia que supone una decisión unilateral del trabajador; mientras que en estos casos existe una voluntad concordada, la del trabajador que va a recibir un beneficio por su renuncia, y la del empleador, que otorgará el beneficio para obtener la renuncia.

Así se ha señalado: "[...] la renuncia es un acto unilateral del trabajador que al expresarse voluntariamente no requiere respuesta del empleador para convalidar su eficacia legal; y al haberla formulado en los términos señalados precedentemente (acogimiento a un programa de incentivos), debe concluirse válidamente que el cese del actor se encuadra dentro de lo que en la legislación laboral se denomina mutuo disenso previsto en nuestro ordenamiento legal [...]" (Sala Laboral de Lima, Sentencia recaída en el Expediente N° 725-95-R(S), del 22 de abril de 1997, publicada en *Actualidad Laboral*, correspondiente a agosto de 1998).

Inclusive, se ha señalado que en estos casos dicha contraprestación no es una remuneración. Así, "[...] estos incentivos son otorgados como contraprestación a la renuncia del trabajador o a su participación en el mutuo disenso, de donde se deduce que los mismos no pueden ser entendidos como una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, lo que nos impide calificarlos como remuneraciones"[53].

13. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Consideramos que la institución de la renuncia debería ser tratada de manera adecuada en nuestra legislación, no confundiéndola con otras instituciones, de tal forma que no pueda ser afectado la libertad de trabajo, o que las omisiones de la normativa ocasione perjuicios a cualquiera de las partes, especialmente al trabajador.

---

(52) Obviamente descartamos los supuestos en los que exista coacción de algún tipo por parte del empleador, lo que lamentablemente ha sucedido reiteradamente en el país.

(53) PIZARRO DÍAZ, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, cit., p. 142.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL
(Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)

Guillermo BOZA PRÓ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. El contenido esencial del derecho de libertad sindical. 4. El derecho de huelga. 5. La procedencia de la acción de amparo para la tutela del derecho de la libertad sindical.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo es analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) en materia de libertad sindical, a raíz, fundamentalmente, de la sentencia del TC del 5 de enero de 2006, recaída en el Expediente Nº 3311-2005-PA/TC, en el proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha (en adelante, el Sindicato) contra la Compañía Minera Atacocha S.A. (en adelante, la Empresa). En esta sentencia se discute, básicamente, la protección que merecen los trabajadores en el ejercicio de distintos aspectos o manifestaciones

del derecho de libertad sindical, a partir de medidas adoptadas por el empleador que puedan resultar contrarias, fundamentalmente, al derecho de huelga. Aprovecha la ocasión el TC para ampliar o, si se quiere, delimitar con mayor precisión el contenido esencial del derecho de libertad sindical[1], pero desaprovecha, desde nuestro punto de vista, una valiosa oportunidad para pronunciarse sobre múltiples aspectos del derecho de huelga, que fueran ya tratados algunos de ellos en anterior ocasión[2], aunque de modo incipiente y hasta cierto punto confuso, como se verá más adelante.

El caso resuelto por el TC es uno de libertad sindical, pero los aspectos más relevantes del mismo tratan sobre el derecho de huelga, como una manifestación específica de la libertad sindical en su vertiente colectiva. Resultaba conveniente, por tanto, que el TC, además de resaltar –como en efecto lo hace– el carácter pacífico de la huelga y el necesario respeto, en su ejercicio, del derecho de terceros –entre otros, el empleador–, entrara a desarrollar estos y otros aspectos más de la huelga, directamente implicados en el caso resuelto, como: la declaratoria de legalidad de la medida de fuerza; su ámbito de aplicación; el uso de piquetes; o el derecho de los no huelguistas. No obstante, y aunque aún falte un largo trecho por recorrer, no queremos desmerecer el avance realizado por el TC en estos temas y, en particular, la remisión –cada vez más frecuente– que se hace a los convenios internacionales de trabajo ratificados por el Perú, con el propósito de ir decantando el contenido de los derechos en cuestión así como del sistema diseñado constitucionalmente para su protección.

2. LOS HECHOS

Los días 7 y 8 de febrero de 2003 el Sindicato llevó a cabo una paralización de labores en apoyo de un conjunto de peticiones realizadas a la Empresa y respecto de las cuales esta no había dado solución. Señala la Empresa que la indicada paralización se materializó a pesar de haber sido declarada improcedente por la autoridad administrativa de trabajo (AAT) y que, además, devino en actos de violencia, causando serios daños a los bienes de propiedad de la Empresa.

---

(1) Establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamentos N°s 8 al 11).

(2) Ver la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamentos N°s 40 al 42).

Como consecuencia de estas acciones, la Empresa despidió a 26 trabajadores, todos ellos afiliados a la organización sindical, 20 de los cuales eran dirigentes sindicales. En la carta de despido que se les cursó a los trabajadores (luego de habérseles remitido la carta de preaviso y de haberse efectuado el descargo correspondiente), se les imputó haber participado en forma activa o como incitadores de los actos de violencia registrados. El Sindicato, por su parte, alegó que el despido es un acto de represalia directa por la huelga realizada y que la acusación de la Empresa no está sustentada en ninguna prueba que demuestre la participación directa y personal de todos y cada uno de los dirigentes y militantes despedidos. Por lo tanto, el Sindicato, considerando que se habían vulnerado sus derechos constitucionales de sindicación y huelga, consagrados en el artículo 28° de la Carta Fundamental, interpuso una acción de amparo contra la Empresa, a fin de que se ordenara a la demandada el cese de la vulneración de los derechos señalados y que, en consecuencia, se dejase sin efecto el despido simultáneo y masivo de los veintiséis trabajadores afectados.

El 50° Juzgado Civil de Lima consideró que no se vulneraron los derechos de sindicación y huelga del accionante, puesto que dichos derechos fueron ejercidos en forma libre, al no habérsele impedido a los trabajadores formar parte de un sindicato ni la constitución de organización alguna para la defensa de sus intereses, así como tampoco se limitó el ejercicio de su derecho de huelga. No obstante, el juzgado declaró fundada la demanda por entender que la medida adoptada por la Empresa supuso más bien la violación del debido proceso sustantivo, al no haber determinado ni acreditado esta, con medio probatorio alguno de manera fehaciente, la responsabilidad individual y concreta de cada uno de los despedidos en los hechos materia de controversia. Al respecto, el juzgado señaló que el despido debió sustentarse en una causa justa tipificada en la ley, correspondiéndole al empleador la comprobación de dicha causa, cosa que no ocurrió en el caso de autos.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima revocó la sentencia apelada por la Empresa, declarando infundada la demanda. La Sala señaló que se encontraba acreditado en el expediente que los afiliados cuya reposición demandaba el Sindicato, habían recurrido a la vía laboral ordinaria solicitando la nulidad de sus despidos, declarando además fundadas las solicitudes de desistimiento solicitadas por tres de los trabajadores incluidos en el proceso. Por tal razón, para la Sala no era posible que el sindicato reclamase la reposición de esos trabajadores,

porque ello hubiese supuesto sustituir la voluntad expresa de los trabajadores y un atentado al derecho de estos de decidir la estrategia procesal que más convenga a sus intereses.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, apartándose de los aspectos formales señalados en las instancias inferiores, y realizando un análisis de fondo del tema controvertido, declaró fundada la demanda, señalando que se había vulnerado el derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28°.1 de la Constitución, ordenando la reposición de los trabajadores despedidos por la Empresa. El alto Tribunal no se pronunció, por carecer de objeto, sobre el caso de cinco trabajadores que ya habían sido repuestos por la emplazada, así como de los tres trabajadores que se habían desistido del proceso. Es precisamente esta sentencia la que se toma como base para el análisis, en los acápites siguientes, de determinados aspectos de los derechos de sindicación y huelga.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Referirse al derecho de libertad sindical supone, en estricto, referirse a un haz de derechos que forman parte del mismo. Y es que la libertad sindical, o su ejercicio, para ser más preciso, no se agota en una sola manifestación. La libertad sindical puede analizarse desde varios ángulos: desde el punto de vista de su titularidad o, lo que es lo mismo, del sujeto que tiene reconocido el derecho, se puede hablar de la libertad sindical individual, cuando se refiere a derechos que corresponden o les son reconocidos al trabajador singularmente considerado, o de la libertad sindical colectiva, cuando los derechos corresponden o son ejercidos por la organización sindical como tal. Pero también puede analizarse la libertad sindical desde la perspectiva de su contenido, y aquí pueden identificarse tanto aspectos organizativos como de actividad. Así, la libertad sindical de organización alude a una dimensión estática del derecho, que suele agotarse en un solo acto (la constitución de un sindicato, la afiliación de un trabajador a uno ya existente). Por su parte, la libertad sindical de actividad se vincula con la dimensión dinámica del derecho, que es algo permanente y constante (como la participación activa del militante en la vida institucional de la organización o realizar conjuntamente con otros trabajadores medidas de presión).

Como podrá suponerse, los aspectos señalados no son incompatibles, antes bien se complementan, de modo tal que la libertad sindical individual comprende tanto aspectos de organización como de actividad, lo que puede predicarse también de la libertad sindical colectiva. En definitiva, los aspectos organizativos tienen una naturaleza instrumental, en la medida que son un medio (o instrumento) para desarrollar los aspectos dinámicos de la libertad sindical(3).

La libertad sindical se encuentra recogida en el artículo 28° de la Constitución. A diferencia de su predecesora de 1979, la actual Constitución tiene una lacónica consagración de este derecho. Luego de señalar que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga y que cautela el ejercicio democrático de los mismos, establece en el inciso 1 que se garantiza la libertad sindical. Ahora bien, esto no significa que el contenido del derecho de libertad sindical reconocido y garantizado por la Constitución no se encuentre definido. Es aquí donde cobra importancia la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige una interpretación de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En la misma línea se sitúa el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el que añade que los derechos constitucionales se interpretan también de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En este orden de ideas será necesario recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en particular los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es claro que el contenido del derecho de libertad sindical que pueda construirse a partir de la remisión a los indicados convenios internacionales de trabajo es bastante amplio (acorde con lo que se ha expuesto en los párrafos precedentes). La pregunta que surge entonces es si todo eso forma parte de contenido esencial de dicho derecho.

¿Cuál es, en definitiva, el contenido esencial del derecho de libertad sindical?, es decir, aquel aspecto o características que forman parte del

(3) El desarrollo de estos temas puede verse en NEVES MUJICA, Javier, "Derecho colectivo del trabajo", en VV.AA., *Derecho laboral general*, PUCP, Lima, 2005, pp. 119 y ss., y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999.

núcleo irreductible del derecho que lo hace reconocible como tal, y que el legislador necesariamente debe respetar, a fin de no desnaturalizarlo. ¿Incluye tanto los aspectos individuales como colectivos, los orgánicos como los dinámicos? ¿Incluye a la negociación colectiva y a la huelga y a otras medidas de conflicto?

Inicialmente el Tribunal Constitucional centró el contenido esencial del derecho de libertad sindical en dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico, "consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales"(4); el segundo lo concibe como un aspecto funcional, "que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones"(5). En buena cuenta, estamos ante dos aspectos que forman parte de lo mismo, y que se circunscriben –ambos– a la denominada libertad sindical individual en su vertiente orgánica o estática. Hay que recordar que la libertad sindical individual comprende tanto el derecho de constitución (la posibilidad que tienen los trabajadores, sin distinción alguna, de constituir las organizaciones que estimen convenientes, según reza el artículo 2° del Convenio N° 87 de la OIT) como el de afiliación, y que este último tiene tanto una dimensión positiva (el derecho de los trabajadores de afiliarse a la organización sindical de su elección, con la sola condición de observar sus estatutos) como negativa (el derecho de los trabajadores de desafiliarse, el mismo que, según algunos autores, supone también el derecho de no afiliarse, mientras que para otros, esto último es simplemente el no ejercicio del derecho de afiliación).

Señala también el TC, que el contenido esencial del derecho de libertad sindical "implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga"(6). Es claro que la consagración del derecho de libertad sindical, incluso al más alto nivel, será letra muerta, si este no viene rodeado de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio. Para ello, la normativa internacional del trabajo –y

(4) Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamento N° 8).

(5) Loc. cit.

(6) Loc. cit.

que nuestra normativa infraconstitucional recoge en forma parcial[7]– ha diseñado un sistema de protección de este derecho, que comprende tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales, frente a actos de injerencia del empleador. Si como se ha visto el contenido esencial del derecho en cuestión se limita a aspectos de índole organizativo e individual, es entendible que este sea también el ámbito de protección inicialmente diseñado por el TC.

No obstante, este contenido esencial se nos antoja reducido[8], y así parece haberlo entendido el propio TC, cuando dejó abierta, como es natural, la posibilidad de concretarlo –o ampliarlo– en el futuro[9]. Reconoce el TC que el contenido esencial del derecho de libertad sindical "no se agota en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciados de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora inusitadas manifestaciones"[10].

De esta manera, en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC señala –pero no desarrolla– que la libertad sindical no

---

(7) Que protege únicamente a determinados trabajadores y solo frente al despido y traslados injustificados (artículos 30° y 31° de la LRCT). Sobre el carácter restrictivo de este modelo de protección de la libertad sindical, véase NEVES MUJICA, "Derecho colectivo del trabajo", cit., p. 135 y ss; BOZA PRÓ, Guillermo, "El fuero sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo", en *Asesoría Laboral*, N° 20, Lima, 1992.

(8) Según OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 155, el contenido esencial se circunscribe al reconocimiento de la libertad sindical de organización, tanto en su dimensión individual como colectiva, y a la capacidad de obrar de las organizaciones sindicales que requieren para realizar actos jurídicos de naturaleza patrimonial (alquiler de local, compra de mobiliario, etc.) y gremial (negociación de convenios colectivos).

(9) Como señala SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 50, "El eventual peligro de una interpretación restrictiva de los alcances de la libertad sindical garantizada por la Constitución, en especial con su faceta activa, a la que solo de manera implícita se refieren los instrumentos internacionales sobre la materia, se ha visto de esta manera expresamente conjurado por el Tribunal Constitucional mediante la adopción de una comprensión abierta y dinámica de sus alcances".

(10) Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Fundamento N° 8).

se agota en su dimensión individual, sino que también tiene una dimensión plural, "que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica" (Fundamento N° 26). Esta anunciada ampliación del contenido esencial del derecho de libertad sindical se concretiza recién con la sentencia del 5 de enero de 2006, que es objeto de análisis en el presente ensayo.

En efecto, remitiéndose al artículo 3°.1 del Convenio N° 87 de la OIT, el TC recuerda que las organizaciones sindicales tienen el derecho de: a) elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de representación); y b) organizar su administración y sus actividades, así como formular su programa de acción (autonomía o libertad de gestión). Se recoge, de esta manera, dentro de la dimensión colectiva de la libertad sindical, dos aspectos de la llamada autonomía interna(11), que pasan a reconocerse como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. En ambos casos se proscribe toda intervención de las autoridades públicas que tienda a limitar o entorpecer el ejercicio de dicha autonomía, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de la autonomía de representación, con una norma estatal que estableciera pautas o directivas dirigidas a fiscalizar los procesos electorales para la designación de los dirigentes sindicales; o, en el caso de la autonomía interna de gestión, de pretenderse encorsetar las actividades de los sindicatos a asuntos estrictamente laborales, descartando asuntos de otra índole, como los políticos o socio económicos.

Por ello, el TC precisa que la libertad sindical, en su dimensión plural (léase colectiva), no solo garantiza, "que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten", sino también "las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos"(12). Añade el TC, que 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

(11) No se hace referencia a la autonomía o libertad de reglamentación, que supone el derecho de las organizaciones sindicales de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos sin injerencia estatal. No obstante, en la lógica del TC, no habría que descartar de plano esta dimensión normativa de la autonomía sindical, pues su estrecho vínculo con la autonomía de representación y de gestión, es evidente. Es precisamente en el estatuto sindical en el que suelen establecerse reglas para la designación y el desempeño de los representantes de los trabajadores.

(12) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 6).

representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga"[13]. Esto no significa, desde luego, que queden comprendidos en el contenido esencial del derecho de libertad sindical, los derechos de negociación colectiva y de huelga. Se trata, sin duda, de derechos interdependientes, o como ha puesto de relieve el Comité de Libertad Sindical de la OIT, de medios o elementos esenciales de la libertad sindical con los que cuentan los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses profesionales[14]. Pero no debe perderse de vista que estos derechos tienen identidad propia y que han sido consagrados separadamente con un contenido específico en la Constitución. En ese sentido, lo que estaría haciendo el TC sería resaltar la necesidad de una adecuada protección de ciertos aspectos de la dimensión colectiva de la libertad sindical, de cara a viabilizar el pleno ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar un ámbito de autonomía a la organización sindical para que pueda actuar con libertad en la defensa de los intereses de los trabajadores. De ahí que se la haya calificado como "el elemento primordial de la libertad sindical y el complemento indisoluble de las manifestaciones individuales de este derecho, puesto que de nada servirá garantizar el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse, no afiliarse o desafiliarse a una organización sindical, si es que esta no va a gozar de la autonomía suficiente para regular su conformación interna, su funcionamiento y su actuación"[15].

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no apuesta por un contenido esencial "amplio" del derecho de libertad sindical, que comprenda a sus distintas manifestaciones. Dicho contenido abarca únicamente a algunas manifestaciones de la libertad sindical, que el TC considera fundamentales y que, en estricto, son: a) la libertad sindical individual en su dimensión estática o de organización (constitución y afiliación) y; b) la libertad sindical colectiva en su dimensión dinámica o de actividad (autonomía interna de gestión) y, parcialmente, en su dimensión estática (autonomía interna de representación).

---

(13) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 7).

(14) Organización Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996, pp. 109 y 169.

(15) VILLAVICENCIO RÍOS, *La libertad sindical en el Perú*, cit., p. 42.

4. EL DERECHO DE HUELGA

Con relación al derecho de huelga merece la pena rescatar el reconocimiento que de él hace el TC, como derecho humano[16]. Y si bien no se trata de un derecho absoluto, como también enfatiza el propio TC, y requiere de desarrollo legislativo a fin de hacerlo compatible con el ejercicio de otros derechos, su falta de regulación no puede esgrimirse como un impedimento para su ejercicio efectivo por parte de sus titulares[17]. Esta concepción del derecho de huelga nos sugiere, al menos, dos reflexiones: la primera, la posibilidad de aplicar el principio *pro persona (pro homine)*, como método particular de interpretación de todo derecho humano, además de su interpretación conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. No obstante, la puesta en práctica de estas disposiciones al derecho de huelga podría resultar más aparente que real.

Debe tenerse presente que, salvo la referencia genérica al derecho de huelga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU [artículo 8°.1.d] y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [artículo 8°.1.b], no existen tratados específicos, incluso convenios internacionales de trabajo, o jurisprudencia de tribunales internacionales que desarrollen el derecho de huelga. Como se ha visto, la huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical, y su reconocimiento está implícito en la normativa internacional del trabajo (Convenio N° 87, artículo 3°.1.)[18]. Y si bien su desarrollo se

(16) Como recuerda Kahn-Freund, "la capacidad de trabajar y de interrumpir el trabajo es uno de los derechos humanos fundamentales de todo individuo" (KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 406.). Véase también BABACE, Héctor, "Derecho de huelga y solución de conflictos en el derecho uruguayo", en Grupo de los miércoles, Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez, FCU, Montevideo, 2004, p. 333, para quien un reconocimiento de este tipo supone una cuarta etapa en la evolución del derecho de huelga, una vez superadas las fases de la huelga como delito, como libertad o ilícito civil y como derecho.

(17) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafos 9 y 10).

(18) Incluso, como señala Ermida, "El derecho de huelga está implícitamente contemplado en el párrafo final del artículo 92° del Convenio sobre Procedimientos de Conciliación y Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo, en el que se subraya que ninguno de esos métodos pueden ser interpretados o utilizados para restringir el derecho de huel-

ha ido realizando a partir de reiterados pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical como de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ninguno de estos dos órganos de control del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo ejerce jurisdicción ni sus decisiones tienen carácter vinculante. De ahí que cobre importancia la aplicación del principio *pro persona*, plenamente arraigado en la normativa y jurisprudencia internacional, y "según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos"[19].

La segunda consideración apunta a la necesaria delimitación del marco constitucional del derecho de huelga. Si bien compartimos con el TC que el ejercicio de este derecho no está supeditado a su desarrollo normativo, lo que hace de este derecho uno de exigibilidad inmediata, resulta cuando menos conveniente que la jurisprudencia del alto Tribunal establezca con claridad ciertos lineamientos que permitan identificar la clase de derecho reconocido en la Constitución. Mayor razón existe para ello si, como ocurre en nuestro caso, la normativa infraconstitucional que desarrolla este derecho (la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –LRCT– y su Reglamento) ha sido calificada de restrictiva[20] y ha merecido numerosas observaciones por parte de los órganos de control de la OIT, y que a la fecha no han sido levantadas del todo[21]. Como ya hemos adelantado, el

---

ga" (ERMIDA URIARTE, Óscar, "El derecho de huelga: un punto de vista doctrinario", en VV.AA., *El derecho de huelga. Nuevas Experiencias en América Latina y Europa*, Fundación Friedrich Ebert en Argentina/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1990, p. 11).

(19) SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Idehpucp/CICR, Lima, 2004, p. 45. La autora precisa que si el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es preservar la dignidad del ser humano, "cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a favor de este en desmedro de cualquier medida que pretenda restringir o limitar, sin justificación válida, sus derechos. Esto ultimo no solo vaciaría de contenido estas normas, sino que resultaría claramente incompatible con su objeto y fin" (Loc. cit.).

(20) Entre otros puede verse: NEVES MUJICA, "Derecho colectivo del trabajo", cit., p. 34 y ss.; CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos, "Apuntes sobre el derecho de huelga en el Decreto Ley N° 25593", en *Asesoría laboral*, N° 20, Lima, 1992, pp. 20-21; BOZA PRÓ, Guillermo y CANESA MONTEJO, Miguel, "Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal", en VV.AA, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, p. 227 Y SS.

(21) ERMIDA URIARTE, "El derecho de huelga: un punto de vista doctrinario", cit., p. 12, pone de manifiesto el "marcado dualismo" que existe en el tratamiento normativo de

TC omitió pronunciarse sobre diversos aspectos del derecho de huelga relacionados con el caso de autos. Y aunque con anterioridad ha fijado posición sobre determinados aspectos de este derecho, no lo ha hecho con la claridad y el rigor deseado, como veremos en las líneas siguientes.

4.1. Concepto y modalidades de huelga

En la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC parece apostar, en principio, por un modelo clásico de huelga[22], al sostener que debe entenderse por huelga "el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales" (Fundamento N° 40, tercer párrafo). No obstante, a renglón seguido cita al constitucionalista Enrique Álvarez Conde, según el cual la huelga supone una "[...] perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores" (Fundamento N° 40, cuarto párrafo). Y concluye, que el ejercicio del derecho de huelga faculta a los trabajadores a "desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio económicas o laborales" (Fundamento N° 40, quinto párrafo). Como se aprecia, estas dos últimas consideraciones del TC suman más bien a favor de una concepción moderna o polivante de la huelga, definida como "el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto"[23], pero que resulta contraria, evidentemente, a la postura inicial esbozada por el propio Tribunal.

---

la huelga en América Latina: "mientras la mayor parte de las Constituciones reconoce, con cierta holgura, el derecho de huelga, las legislaciones y las prácticas administrativas tienden a limitarlo severamente".

(22) A partir de esta concepción de la huelga se han diseñados dos modelos normativos: el denominado "contractual", que circunscribe la medida de presión al ámbito de la negociación colectiva, y el "laboral", de mayor amplitud que el anterior, en la medida que concibe a la huelga como un instrumento de compensación o autodefensa colectiva de los intereses de los trabajadores en su relación con la contraparte patronal. Este segundo modelo comprende, por ejemplo, las denominadas huelgas de solidaridad (Cfr. OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 453-454).

(23) OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 426.

Esta no es una cuestión baladí, por el contrario, es fundamental que se fije con absoluta claridad cuál es el concepto o modelo de huelga consagrado en la Constitución, pues ello permitirá evaluar la validez del desarrollo infraconstitucional del derecho de huelga, con relación a su ejercicio y a la posibilidad de adoptar modalidades de huelga que difieran de la tradicional. En este punto, la LRCT sí opta claramente por un modelo de huelga. En efecto, los artículos 72° y 81° de ese cuerpo normativo solo permiten recurrir a la forma tradicional de huelga, definiéndola, por un lado, como la cesación de la actividad laboral con abandono de centro de trabajo, decidida mayoritariamente por los trabajadores y prohibiendo expresamente, por otro, el uso de modalidades atípicas o irregulares (con o sin interrupción de la actividad), las que se califican a priori de ilegales, sin permitir su justificación en un caso concreto. Asimismo, algunas de las modalidades irregulares de huelga son consideradas como falta grave por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), como ocurre con la disminución deliberada del ritmo de trabajo (huelga a ritmo lento o trabajo a desgano) o de la calidad de la producción (huelga de trabajo arbitrario), la toma de locales (huelga con ocupación de centro de trabajo), o la adopción de la medida de fuerza sin previo aviso (huelga intempestiva)[24].

Según el TC, dentro de las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparece "la facultad de determinar la modalidad de huelga, esto es –según el Tribunal–, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado"[25]. Una vez más aparece reflejada la falta de claridad en el pronunciamiento del TC, pues se confunde la duración de la medida de fuerza con la forma que puede adoptar esta. La modalidad se refiere, en estricto, a la manera que decidirán los trabajadores de llevar a cabo la huelga de cara a lograr el éxito de dicha medida. Si lo que se pretende es que la huelga sea eficaz (y no parece, ni debería ser otro el objetivo de los trabajadores), acudir a la forma tradicional de huelga podría no serlo. Por eso, la praxis sindical abandonó hace mucho tiempo el uso de la modalidad tradicional de huelga, cuando entendió que dicha medida, en un caso concreto, no sería exitosa.

---

(24) El artículo 25° de la LPCL señala que son faltas graves: "a) [...] la reiterada paralización intempestiva de labores [...]; b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción; [...], f) Los actos de extrema violencia tales como toma de [...] locales".

(25) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 4).

Ahora bien, el TC, haciendo eco de cierta jurisprudencia comparada, refiere que la huelga debe ser convocada tomando en consideración "la existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto". Se recoge así la teoría de la correlatividad de los sacrificios, según la cual debe existir un correlato "entre el costo de la obligación de prestar el trabajo, que deriva de la huelga, y el costo de la obligación de retribuir"(26), de modo tal que la medida de presión podría calificar de "injusta" o "desproporcionada" si, por la modalidad utilizada, inflinge al empleador un daño superior a aquel que necesariamente sería inherente a la pérdida o falta de utilidades, como consecuencia de la suspensión de la prestación debida por los trabajadores y que, en principio, debía ser compensada con la falta de pago a los huelguistas(27).

Ciertamente, la huelga supone la voluntad de causar un daño económico al empleador, generando una desorganización de la empresa y de su capacidad productiva(28). Es este un elemento consustancial a la medida de fuerza que, como ha quedado dicho, busca también ser eficaz, al tener como finalidad satisfacer los intereses de los huelguistas o, para decirlo en los términos del TC, por ser "un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores"(29). En ese sentido, no siempre será una tarea fácil ponderar el equilibrio o proporcionalidad exigidos de la medida, porque como ha puesto de manifiesto la doctrina más calificada, determinar cuándo estamos ante una "huelga normal", porque causa un "daño normal", o cuándo es "anormal", porque causa un "daño injusto" o "desproporcionado", nos remite a conceptos cuantitativos o absolutamente indeterminados, que quedarán sujetos, finalmente, al mero arbitrio del in-

(26) GAROFALO, Mario Giovanni, "Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de la lucha sindical", en *El derecho de huelga. Nuevas experiencias en América Latina y Europa*, Fundación Friedrich Ebert en Argentina/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1990, pp. 41-42.

(27) Ibídem, p. 42. Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, en la sentencia de 8 de abril de 1981, la proporcionalidad se refiere a los sacrificios que soportan las partes con la huelga, "de modo tal que el abuso surgirá cuando, sin sacrificio para los huelguistas, se cause al empresario un daño excesivo" (Cfr. MATIA PRIM, Javier *et al.*, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 123.

(28) Ibídem, p. 124.

(29) Expediente N° 008-2055-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafo 5).

térprete[30]. Pero, en cualquier caso, este sí será un elemento determinante para calificar una medida de fuerza como legítima o ilegítima, lo que impedirá descartar de plano o a priori, la adopción de modalidades de huelga distintas a la clásica. Siguiendo la lógica del TC, debería permitirse la adopción de estas modalidades –hoy prohibidas por el artículo 81° de la LRCT–, siempre que las mismas no resulten desproporcionadas en el caso concreto[31] o, como mínimo –siguiendo a la jurisprudencia constitucional española[32]–, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida.

4.2. Titularidad y ejercicio del derecho de huelga

En el tema de la titularidad del derecho de huelga parece haber también ciertas confusiones. Según el TC la doctrina tiene opiniones dispares sobre a quién le corresponde la titularidad del derecho: a "los trabajadores en sentido lato" o a "los trabajadores adscritos a una organización sindical"[33]. En rigor, la discusión doctrinal se ha centrado en establecer la naturaleza individual o colectiva del derecho de huelga, debido a que si bien estamos ante un derecho humano y, en esa medida, debe ser adjudicado en esencia a personas individuales, no puede por ello perderse de vista su impronta colectiva, al tratarse de una medida de conflicto colectivo promocionada y ejecutada, principalmente, por una organización sindical. Esto ha llevado a la doctrina mayoritaria a distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho de huelga. De modo tal que la pregunta que suele formularse es si ¿estamos ante un derecho de titularidad individual y ejercicio colectivo, o de titularidad colectiva y ejercicio individual?[34]

---

(30) GIUGNI, Gino, *Diritto sindacale*, Caccuci Editore, Bari, 1992, p. 239. En el mismo sentido, GAROFALO, "Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de la lucha sindical", cit., p. 42.

(31) El Comité de Libertad Sindical de la OIT, observando los artículos 81° y 84° de la LRCT, "solicita que se ampare las modalidades de huelga tales como la paralización intempestiva, el trabajo a desgano, a reglamento, entre otras, limitándose su ejercicio solo en los casos en los que dejasen de ser pacíficas dichas medidas".

(32) Véase por todas, la sentencia de Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981.

(33) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 1).

(34) Véase OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., pp. 462-463.

El artículo 28° de la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero no indica quién es su titular, ¿los trabajadores o la organización sindical? Para el TC, a partir de lo establecido en los artículos 72° y 73° de la LRCT, se colige que "su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical". Citando a Elías Mantero añade que son los trabajadores en general y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga(35). En esta argumentación hay, sin duda, algunas inconsistencias. En primer lugar, hubiese sido deseable que el TC se pronunciara sobre la titularidad del derecho de huelga y de su ejercicio, no a partir del reconocimiento legal del mismo, sino de la concepción que se tiene de este derecho en sede constitucional y del rol que se le desee –o deba– asignar dentro de un Estado social y democrático de derecho como el peruano, que postula, entendemos, un sistema democrático y plural de relaciones laborales. En segundo lugar, se requería una valoración de la LRCT a partir del marco constitucional de la huelga –y no a la inversa– porque, como se ha apuntado líneas arriba, la LRCT ha merecido múltiples cuestionamientos, particularmente en materia de huelga.

No resulta criticable que la decisión de la huelga recaiga en el trabajador. Compartimos con el TC que el trabajador debe decidir libremente participar en un movimiento reivindicatorio(36). No obstante, parece exagerado que se exija el concurso de todos los trabajadores en el ámbito respectivo para adoptar una medida de fuerza, cuando la medida va a afectar un colectivo más reducido, por ejemplo, cuando el conflicto alcanza exclusivamente a un sindicato minoritario que se encuentre negociando un convenio colectivo de eficacia limitada, o que, por esta vía, se establezca la abstención de labores de aquellos trabajadores que votaron en contra de la medida de fuerza, cuando no les alcanza el conflicto ni el resultado del mismo.

En cualquier caso, y de cara a evaluar la LRCT, habría que señalar que la clásica definición de la huelga como un "derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo", viene siendo replanteada desde hace algún tiempo por un sector de la doctrina, por cuanto es posible encontrar en la práctica sindical y en la propia legislación manifestaciones o facultades

(35) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafos 3 y 4).

(36) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 40, párrafo 2).

que le pueden ser reconocidas indistintamente tanto a los trabajadores a título individual como a la organización sindical. Así, manifestaciones de la titularidad individual serían la adhesión a la huelga o la decisión de darla por concluida, mientras que manifestaciones de la titularidad colectiva serían la convocatoria de la huelga (que por lo general realiza la organización sindical, pero podría recaer en los trabajadores), la administración de la medida de fuerza y la negociación del conflicto, así como la decisión de dar por concluido el mismo. Lo anterior pone de relieve la naturaleza compleja del derecho de huelga, lo que ha llevado a postular que, en estricto, estamos ante un derecho de titularidad diferenciada, porque determinados aspectos o manifestaciones se reconocen y ejercitan individualmente y otras en forma colectiva(37).

A partir de lo expresado por el TC, la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga recaen en los trabajadores. Esta postura, haciendo suya lo establecido en la LRCT, parece inscribirse en la concepción no orgánica o individual, pues la decisión de adoptar la medida de fuerza (artículos 72° y 73°, inciso b), adherirse a ella (artículo 73°, inciso b), ratificarla (artículo 80°) o darla por terminada (artículo 85, inciso b) corresponde a los trabajadores. No obstante, es posible encontrar algunas manifestaciones de titularidad colectiva en la propia LRCT, como la decisión inicial (posteriormente ratificadas por las bases) de adoptar una huelga de alcance *supra* empresarial (artículo 73°, inciso b), la decisión de finalizar la medida de conflicto (artículo 85°, inciso a) o la participación en la determinación de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos cuando la huelga afecte servicios esenciales de la comunidad (artículo 82°). En general, la promoción o convocatoria de la huelga y la administración del conflicto corresponderán a la organización sindical.

4.3. Huelga y derechos de terceros

Un tema crucial en el caso analizado, pero que lamentablemente no ha merecido la atención debida por parte del TC, está referido a la posible afectación de los derechos de terceros como consecuencia de la huelga. El Tribunal se ha limitado a decir que el derecho de huelga "comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular del empleador. En tal

(37) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "La titularidad diferenciada del derecho de huelga", en *Actualidad Laboral*, N° 20, Madrid, 1992, pp. 358-359.

sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos". Recordemos que la acción que motivó el pronunciamiento del TC fue interpuesta por dirigentes y militantes sindicales que habían sido despedidos por su participación en una huelga que, según sostuvo el empleador, devino en actos de violencia contra personas y bienes de la empresa, promovidos y realizados por piquetes conformados por dichos trabajadores.

Por tanto, esta situación ameritaba, desde nuestro punto de vista, un pronunciamiento del TC sobre temas directamente vinculados a los hechos expuestos, como la validez de los piquetes de huelga, la posibilidad de negar el acceso al centro de trabajo de los no huelguistas y los derechos de estos, o la posibilidad del empleador de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas.

Con relación a los piquetes de huelga, habría que decir que se trata de una típica expresión de la huelga(38), a pesar de no tener una regulación expresa en la LRCT. Esto no significa que estén prohibidos, pero tampoco que sea lícito cualquier tipo de piquete. Nos explicamos. Se conciben, básicamente, dos clases de piquetes(39): el llamado piquete defensivo o informativo, que tiene por finalidad informar y presionar a trabajadores y opinión pública sobre la medida de fuerza adoptada, mediante pancartas, volantes, reuniones, etc. Por otro lado, está el piquete ofensivo o coactivo, que utilizando la amenaza o la violencia física, tiene como objetivo impedir el acceso o la salida del centro de trabajo.

Consideramos que el piquete informativo es absolutamente lícito. Se trata de una medida funcional a la huelga, que persigue dotar de eficacia dicha medida y que es, además, una manifestación de otros derechos reconocidos constitucionalmente como las libertades de expresión, pensamiento y reunión: derechos laborales calificados como "inespecíficos", porque se le reconocen al trabajador en su calidad de ciudadano y no de asalariado,

(38) Aunque suele estar asociado normalmente como un "organismo auxiliar" de la huelga, el piquete constituye, en sí mismo, una medida de conflicto de los trabajadores, definido por OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 409, como una "organización exponencial de las posiciones de grupo, con la misión de informar, persuadir o imponer la decisión colectiva a quienes no participan de ella". No tienen una ubicación estática o definida, pudiendo encontrarse –por lo general- en la entrada del centro de trabajo, en los alrededores del domicilio del esquirol, o recorriendo las calles (Loc. cit.).

(39) Cfr. SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 506.

pero que cada vez van cobrando mayor relevancia en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí la necesidad de garantizar el ejercicio de estas y otras libertades públicas y derechos fundamentales en sede laboral, como una forma de asentar un sistema de relaciones laborales con rasgos democráticos y de garantizar un ejercicio más pleno de la libertad sindical en todos sus aspectos(40).

El piquete coactivo, por su parte, raya en el terreno de lo ilícito (tanto en el plano laboral como penal), porque supone violentar o intimidar física o verbalmente a los no huelguistas con la finalidad de torcer su voluntad y que se plieguen a la huelga o, al menos, que se abstengan de trabajar mientras dure la medida de fuerza. No obstante, cabría distinguir la persuasión –que debería admitirse– de la coacción o intimidación, en la medida que aquella se considera parte del contenido del piquete informativo y que este no debe entenderse como mera publicidad de la huelga(41).

Al respecto, ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT que: "el solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima. Pero es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas [...]"(42). En definitiva, los piquetes de huelga que actúan conforme a ley no tendrían que "ser objeto de trabas por parte de las autoridades públicas", justificándose su prohibición solo si perdiesen su carácter pacífico, como cuando "perturban el orden público y amenazan a los trabajadores que continúan trabajando"(43).

Otro tema importante, y que sí entró a analizar el TC, es el relativo a la individualización de las faltas. Y es que la responsabilidad que se imputa a los trabajadores despedidos no puede diluirse en una suerte de responsabilidad colectiva. La imputación de una falta laboral –que puede suponer incluso un ilícito penal– exige la identificación del infractor, aun cuando aquella pueda haberse cometido en forma grupal. Esto era particularmente exigible

(40) Es de larga data que los órganos de control de la OIT han puesto de manifiesto la interdependencia entre la libertad sindical y otras libertades públicas, y por ello la necesidad de garantizar estas para garantizar debidamente aquélla.

(41) SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 507.

(42) OIT, 1996, párrafo 586.

(43) Ibidem, párrafos 583, 584 y 585.

en el caso analizado, debido a la controversia suscitada entre las partes sobre los hechos ocurridos(44). Así lo entendió, con buen criterio, el TC para quien la Empresa, lejos de determinar las responsabilidades individuales vinculadas a los hechos concretos, atribuyó, abstracta y subjetivamente, la responsabilidad de los daños que se le habían ocasionado a la totalidad de la dirigencia sindical y a otros trabajadores sindicalizados(45). Esto puso en evidencia la voluntad empresarial de realizar "un despido masivo y simultáneo" contra los dirigentes sindicales y algunos afiliados al sindicato demandante, "vulnerándose de este modo el derecho a la libertad sindical –en su dimensión colectiva– del Sindicato, de sus dirigentes y de sus afiliados". Este acto lesivo, concluye el TC, impidió la participación de dirigentes y afiliados en las actividades sindicales y afectó seriamente el funcionamiento del Sindicato(46). Por eso, la dimensión colectiva de la libertad sindical supone una "protección especial de los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses"(47). Lo que lleva a que, "todo acto lesivo, no justificado e irrazonable que afecte colectivamente a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado"(48).

El TC sostiene, por otro lado, que la convocatoria de una huelga debe garantizar que no se imponga dicha medida a los trabajadores que discrepen de la misma(49). Habría que preguntarse, sin embargo, si esto apunta a proteger una suerte de aspecto negativo del derecho de huelga, entendido como el derecho de los no huelguistas de no ser obligados a

(44) En efecto, de un lado, el empleador sostuvo que los trabajadores despedidos habían participado en forma activa o como incitadores de actos de violencia (impidiendo el ingreso de no huelguistas al centro de trabajo, provocando la ruptura de una tubería de agua, causando daños a vehículo e instalaciones de la empresa, entre otros). Por su parte, los trabajadores despedidos señalaron que los actos de violencia que se suscitaron no fueron ejecutados ni acordados por los miembros de la organización sindical, sino por personas ajenos a ella. De ser cierto esto último, resulta lógico que no se pueda trasladar ningún tipo de responsabilidad a los promotores u organizadores de la huelga por actos ilícitos realizados por terceros.

(45) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(46) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 16).

(47) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(48) Loc. cit.

(49) Expediente N° 008-2005-PI/TC (Fundamento N° 41, párrafo 5).

sumarse a la medida de fuerza o si, por el contrario, se trata del reconocimiento del derecho de libertad de trabajo que tendrían aquellos trabajadores que decidieron no plegarse a la huelga, de continuar trabajando. La libertad de trabajo se encuentra consagrada en los artículos 2°, inciso 15, y 59° de la Constitución y consiste en el derecho de toda persona de decidir si trabaja o no, en qué actividad productiva y para quién lo hace(50). Se trata, en palabras del TC, de una facultad irrestricta que debe ejercerse "sin impedimentos constitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del Estado o de particulares"(51). Por ese motivo, suele sostenerse que, el hecho de impedir o negar el acceso de los no huelguistas al centro de trabajo con ocasión de una huelga, implicaría una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de trabajo(52). La misma razón ha llevado a criticar u objetar los piquetes de huelga(53) tratados anteriormente.

No obstante, cabe aquí formular algunas interrogantes: i) ¿está en juego realmente la libertad de trabajo de los no huelguistas o simplemente la dimensión negativa del propio derecho de huelga?; ii) ¿es idéntica la situación de los no huelguistas que la de los esquiroles?; iii) ¿la eficacia de la medida de fuerza adoptada mayoritariamente, debe prevalecer sobre la minoría que decide no plegarse a la huelga?; iv) ¿cómo entender las disposiciones de la LRCT (artículo 77°, inciso a) y del reglamento (artículo 70°), según las cuales la huelga, declarada en observancia de la ley, determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos?

Con relación a la primera interrogante, consideramos que el tema no debe plantearse en términos de un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo. En ese sentido, cuando un piquete intenta conseguir que los no huelguistas dejen de prestar servicios y se plieguen a la medida de fuerza, dichos trabajadores no podrían invocar su derecho a la libertad de trabajo para continuar trabajando, como si el conflicto colectivo no

(50) Cfr. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2003, p. 22. Un análisis detenido de este derecho puede verse en QUIÑONES INFANTE, Sergio, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

(51) Expediente N° 1290-1999-AA/TC.

(52) Descartamos que el conflicto se produzca con el derecho al trabajo, por tener este derecho un contenido diferente. En efecto, el derecho al trabajo supone el derecho de obtener un puesto de trabajo, conservarlo y progresar en él.

(53) Cfr. SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 506.

existiese[54]. Si el conflicto colectivo existe y se ha exteriorizado, es en este contexto en el que deben medirse las pretensiones de los trabajadores involucrados en la huelga. Así, los huelguistas, en aras de conseguir la mayor eficacia de la huelga, tienen todo el derecho de tratar de ganar a su causa a los no huelguistas y estos, por su parte, tienen plena libertad de sumarse o no a la medida de fuerza.

Por lo tanto, el dilema se circunscribe en optar entre el ejercicio del derecho de huelga propiamente (ir a la huelga, apoyar la medida) y la facultad de no ejercitarlo o, lo que es lo mismo, de no ir a la huelga o no apoyar dicha medida[55]. Esto supondría reconocer dos dimensiones del derecho de huelga[56]: una positiva, que consistiría en el ejercicio o participación activa en la medida de fuerza, conforme con la modalidad decidida por los trabajadores; y otra negativa, consistente en la facultad de los trabajadores, en ejercicio del propio derecho de huelga, de no plegarse a la medida de presión, pero que no los habilita a continuar cumpliendo con la prestación debida al empleador.

Ahora bien, el ejercicio de un derecho cualquiera no tiene que significar la afectación de otros derechos. Y esto es lo que ocurriría, por ejemplo, si en el curso de un proceso huelguístico, se pretendiese, por medio de la coacción –esto incluye, por tanto, solo a los piquetes ofensivos–, que los trabajadores que no votaron por la huelga acaten la medida de fuerza, vulnerándose de este modo el propio derecho de huelga. Esta es una posición claramente asumida por el TC, cuando sostiene que "el ejercicio de la huelga comporta el respeto de los derechos de terceros"[57], debiendo desarrollarse sin violencia sobre las personas o bienes, con la participación de los trabajadores que hayan decidido libremente hacerlo y sin que se imponga a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza[58].

---

(54) Vid. PÉREZ REY, Joaquín, "El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo (A propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril)", en *Relaciones Laborales*, N° 2, Madrid, 2006, p. 38.

(55) En ese sentido DURÁN LÓPEZ, citado por SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 506.

(56) Lo que en rigor, puede sostenerse de cualquier derecho, es decir, si entendemos que todo derecho tiene un aspecto activo (ejercitarlo) y otro pasivo (no ejercitarlo).

(57) Expediente N° 3311-2005-PA/TC (Fundamento N° 18).

(58) Expediente N° 0008-2005-PI/TC (Fundamentos 40, párrafos 1 y 2; 41, párrafo 5).

Por eso nos preguntábamos también por la validez de la normativa infraconstitucional que determina la abstención total de las labores cuando la huelga cumple con los requisitos por ella establecidos, entre los que destaca que la decisión haya sido adoptada mayoritariamente por los trabajadores del ámbito respectivo (artículo 77° de la LRCT)[59]. Queda clara la opción del legislador de hacer prevalecer la voluntad de la mayoría sobre la minoría. Esta opción, además de responder a criterios democráticos, supone una medida de refuerzo de la eficacia de la huelga[60]. No obstante, dicha posición es atendible cuando el conflicto es de ámbito estrictamente sindical (por ejemplo, como consecuencia de la negociación frustrada de un convenio colectivo de eficacia limitada), pero no cuando el ámbito tiene un alcance mayor (por ejemplo, todos los trabajadores de la empresa, estén sindicalizados o no).

La situación de los esquiroles es menos controvertida que la que se acaba de analizar. En efecto, el esquirolaje es una práctica empresarial en virtud de la cual se contrata temporalmente a trabajadores no vinculados a la empresa para que sustituyan a los trabajadores huelguistas mientras dure la huelga[61]. Resulta evidente que se trata de una práctica contraria al derecho de huelga y que su finalidad es restarle eficacia a la medida de fuerza y, por esa razón, se encuentra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 70° del Reglamento de la LRCT establece que cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales

---

(59) No estamos pensando en los trabajadores de dirección y de confianza, los que, por mandato de la LRCT, se encuentran excluidos del ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva. El artículo 77°, inciso a de la LRCT señala expresamente que la huelga no alcanza al personal de dirección y de confianza, lo que parece lógico en el primer caso –por encontrarnos ante representantes del empleador-, pero de dudosa constitucionalidad en el caso de los trabajadores de confianza. En cualquier caso, la calificación que se haga de esta clase de trabajadores debería ser restrictiva. Tampoco quedan comprendidos el personal que requiere seguir trabajando para garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento, así como el funcionamiento de los servicios mínimos cuando la huelga afecta a alguna entidad que brinda un servicio esencial para la comunidad. Al respecto, señala el TC que "la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto" (Expediente N° 008-2005-PI/TC, Fundamento N° 42, párrafo 4).

(60) Un análisis detenido de este y otros aspectos de los efectos de la huelga puede verse en CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos y GODOY PALOMINO, Yuri, "Título IV. De la huelga", en VV.AA., *Ley de Relaciones Colectivas Comentada*, Consultores Jurídicos Asociados, Lima, p. 177 y ss.

(61) SALA FRANCO / ALBIOL MONTESINOS, *Derecho sindical*, cit., p. 508.

de fondo y forma "el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga". Visto así, no cabe plantearse una relación de conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo de los esquiroles(62). El reconocimiento de la huelga como derecho y su consecuente garantía suponen más bien la negación del esquirolaje como una práctica empresarial válida, ya que su aceptación significaría una afectación grave del derecho de huelga, a tal punto de vaciarlo de contenido. Por tanto, consideramos la contratación de esquiroles como un acto antisindical que justifica, al menos en sede administrativa, la intervención de la Autoridad de Trabajo a fin de que establezca las medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25°.9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, entre ellos "la sustitución de trabajadores en huelga". Conforme al artículo 39° de la LGIT, dicha infracción será sancionada con una multa máxima de veinte unidades impositivas tributarias.

Ahora bien, el propio precepto anteriormente citado recuerda que la paralización no alcanza al personal que se requiera para los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa, así como al personal que debe garantizar la continuidad de los servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, ante el incumplimiento de esta disposición por parte de los trabajadores llamados a continuar prestando servicios, consideramos que el empleador quedaría habilitado para contratar personal de reemplazo exclusivamente de aquellos trabajadores.

Cabe precisar, no obstante, que, atendiendo a su finalidad, debe darse a los denominados servicios de seguridad y mantenimiento un carácter necesariamente restrictivo. Es decir, deben responder, en estricto, a garantizar la seguridad de las personas y las cosas, el mantenimiento de las instalaciones y maquinarias de la empresa, así como permitir la reanudación inmediata de las actividades una vez finalizada la huelga, pero no podrían ser utilizados como una forma de neutralizar la medida de fuerza por parte del empleador. Por tanto, estos servicios solo se justificarán "cuando el

(62) QUIÑONES INFANTE, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, cit., p. 156, y los autores por él citados.

paro pueda comprometer derechos ligados a la vida o la integridad de las personas" o cuando pongan "en peligro la continuidad de la actividad empresarial como exigencia derivada de la libertad de empresa", lo que habrá de ser analizado en cada caso(63).

5. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Según la legislación procesal constitucional vigente el proceso de amparo ha dejado de tener un carácter alternativo en la tutela de los derechos fundamentales, para adoptar un carácter residual. En efecto, el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional (CPC), establece como causal de improcedencia de los procesos constitucionales (entre ellos el de amparo), la existencia de "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus".

Como señala la doctrina, al ser el proceso de amparo una manifestación de la "tutela de urgencia" resulta lógico que dicho proceso se encuentre sujeto a determinados presupuestos para su procedencia(64), siendo uno de ellos, precisamente, el que alude a su carácter residual. Es decir, el proceso de amparo no debería prosperar cuando exista una vía paralela, entendida como un "proceso judicial distinto al amparo, mediante el cual

(63) PÉREZ REY, "El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo (A propósito de la STC 80/2005, del 4 de abril)", cit., p. 40. Como precisa el propio autor, comentando la norma española –muy similar a la nuestra–, que el establecimiento de los servicios en cuestión, al constituir un límite externo al derecho de huelga, "lejos de encontrar aplicación automática, requiere justificar en atención al caso en concreto la existencia de derechos o bienes constitucionalmente protegidos cuya preservación haga imprescindible introducir límites al ejercicio del derecho de huelga; límites, además, que en atención al principio de proporcionalidad han de ser los estrictamente necesarios para la protección de los derechos amenazados por la huelga sin introducir más restricciones de las necesarias y dejando, en todo caso, a salvo el contenido esencial del derecho de huelga que constituye el límite último e infranqueable de este derecho [...]". Concluye el autor que dichos límites no permiten, "ni siquiera en la más extensiva de las interpretaciones, garantizar con su concurso la actividad normal de la empresa durante la huelga, lo que sería tanto como salvaguardar la producción empresarial y no solo su capacidad productiva" (Ibídem, p. 41).

(64) ABAD YUPANQUI, Samuel, *Derecho procesal constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 132.

se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado"[65]. Pero no debería tratarse de una vía cualquiera, sino de una que sea capaz de ofrecer una protección eficaz y oportuna de los derechos constitucionales conculcados[66]. En definitiva, para la improcedencia del proceso de amparo no es suficiente que exista una vía judicial ordinaria distinta del amparo, esta debe garantizar necesariamente una tutela adecuada de los derechos constitucionales.

Cabe preguntarse entonces, cuándo estamos ante un proceso judicial paralelo o distinto del amparo que resulte igualmente satisfactorio o eficaz para tutelar los derechos fundamentales ya que, en caso contrario, si nos atenemos a lo establecido en el citado artículo 5° del CPC, de no existir aquel o de existir, pero no ofrecer garantías suficientes, es posible acudir a la vía del amparo. Por otro lado, cómo podemos reconocer si una vía paralela es satisfactoria o eficaz. En el ámbito laboral, cabría preguntarse además, si la Ley Procesal del Trabajo contempla una vía procesal que resulte igualmente satisfactoria para tutelar la vulneración de la libertad sindical, en tanto derecho fundamental.

Se ha propuesto desde la doctrina algunos criterios que permitan establecer la idoneidad de la vía paralela, como la velocidad y prontitud en la tramitación del proceso ordinario, la inminencia del peligro (sea violación o amenaza) sobre el derecho invocado, la adopción de medidas para evitar la irreversibilidad del daño alegado, o la anticipación que en el conocimiento de una causa ha tenido un juez en relación a otros[67]. En cualquier caso, será el juez el llamado a "examinar en cada caso concreto si la urgencia de tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo", y, de presentarse una "duda razonable", en aplicación del principio de favorabilidad –*favor processum* o *pro actione*–, podría darse cabida al amparo[68].

---

(65) Ibidem, p. 133.

(66) ABAD YUPANQUI, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 571. Sentencia el autor que, de no ser así, "la naturaleza excepcional del amparo se vería mermada, y se podría trastocar nuestro sistema procesal, al dejarse de lado –sin justificación alguna– los procesos judiciales que podrían tutelar idóneamente los derechos fundamentales alegados".

(67) ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones", en Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Coord.), *Derechos fundamentales y Derecho procesal constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 152.

(68) ABAD YUPANQUI, *El proceso constitucional de amparo*, cit., p. 268.

¿Qué sucede en el caso de la libertad sindical? En la sentencia recaída en el caso Baylón, y ya estando en vigor el CPC, el TC estableció las pautas para la procedencia del proceso de amparo, destacando el claro carácter residual de dicho proceso en la nueva regulación procesal. Así, señala el TC que: "La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para las procedencia de amparo"(69). En consecuencia, sentencia el TC, solo en los casos en que las vías ordinarias "no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandado la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate"(70).

No obstante, el TC se preserva la competencia para conocer casos que involucren violaciones a los derechos constitucionales laborales de carácter colectivo (libertad sindical, negociación colectiva y huelga). Así, la sentencia del caso Baylón trae una serie de consideraciones en torno a la protección de la libertad sindical que merecen ser señaladas:

- El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y su interpretación conforme con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú (Convenios N°s 87 y 98 de la OIT, fundamentalmente), "imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical"(71).
- El derecho de libertad sindical comprende una dimensión plural o colectiva que debe ser protegida. Con ello, se busca proteger "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 elegi-

(69) Expediente N° 0206-2005-PA/TC, (Fundamento N° 3).

(70) Expediente N° 0206-2005-PA/TC, (Fundamento N° 6).

(71) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 10).

dos"[72]. Esta protección permite garantizar el ejercicio de una serie de derechos y libertades, entre ellas los derechos de negociación colectiva y huelga.

- Como consecuencia de lo anterior, "todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado"[73].

Las consideraciones señaladas permiten concluir al TC que "los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos"[74]. Pero sucede que –a nuestro entender– la vía laboral ordinaria no resulta igualmente satisfactoria para reparar las posibles lesiones a que pudiera estar sometido el derecho de libertad sindical, al menos no con la misma idoneidad que se supone ofrece un proceso de amparo. Un proceso laboral de protección de la libertad sindical debería tener características especiales que le permitan al juzgador contar con los remedios procesales necesarios a fin de actuar en forma rápida y oportuna, atendiendo a la naturaleza del derecho en cuestión. Debe tratarse, en definitiva, de un proceso sumarísimo y preferente, distinto del proceso laboral ordinario. Lamentablemente, esta clase de proceso no está contemplado en nuestra legislación procesal laboral vigente.

Por eso, si bien el TC ha puesto el énfasis en los despidos originados en la lesión de la libertad sindical, como susceptibles de ser sustanciados en la vía del amparo, somos de la opinión que la tutela urgente que ofrece dicho proceso puede –y debe– hacerse extensiva a cualquier otra forma de vulneración de la libertad sindical. Esta tesis se refuerza si, como ha se ha sugerido, el proceso laboral ordinario no resulta una vía adecuada o "igualmente satisfactoria" que el amparo para la tutela de la libertad sindical.

(72) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 12).

(73) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 13).

(74) Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Fundamento N° 14).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CRISIS DEL SINDICALISMO EN EL PERÚ

Raúl Saco Barrios

"[...] existe la necesidad de un planteamiento en materia laboral en nuevos términos, más modernos. Nos referimos, específicamente, a la generación de relaciones laborales menos conflictivas, más propicias a las metas de interés común y de mutuo beneficio de los actores, promotoras de la productividad y el salario, relacionadas con el conjunto social y afines a la competitividad de nuestros días".

Luis Aparicio Valdez

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Causas de la decadencia del sindicalismo. 3. Proposición. 4. Beneficios y riesgos. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El movimiento sindical está en honda crisis[1], manifestada en un descenso del número de afiliados a las organizaciones sin-

[1] En un libro muy reciente –elaborado a pedido de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo (IIRA, por sus siglas en inglés), durante la presidencia de Luis Aparicio

dicales[2]. Por cuanto concierne particularmente al Perú y en contraste con años anteriores a 1990[3], se constata una *reducción notoria del número de organizaciones sindicales*[4] *y de los afiliados a estas*, un *decaimiento de la negociación colectiva*[5] y una *escasa recurrencia a la huelga*.

Valdez, y editado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)–, Bruce E. Kaufman ha afirmado: "For better or worse, as things stand today the fate of industrial relations is heavily bound up with the fate of organized labour. Like the world's glaciers, labour movements across the globe are slowly retreating and shrinking. One can argue that this is undesirable and should not be the case. Or a reasonable argument is that the contradictions of capitalism and tendency of employers to overreach will bring about a new Labour Problem and resurgence of unions. Alternative, perhaps industrial relations and trade unionism have performed their historic mission of containing the Labour Problem and Red Threat and social injustice in early capitalism and can now shuffle off the stage –public-spirited victims of their own success. In the here and now, however, the facts are plain to see– unions are declining, despite much effort at union renewal, and significant new sources of growth are not on the horizon. Thus organized labour may be able to hold its own in some countries, but overall union density is likely to continue to diminish across the world absent some unforeseen economic o social shock that causes widespread Depression-era job insecurity and deprivation, major war-time disruption and economic controls, and/or a major liberalization of labour law to promote more unionism. As it declines, industrial relations seems fated to follow in the same direction, albeit slowly and with continued pockets of strength given that the "shrinking" institution of trade unionism still has over 50 million members worldwide and much larger effective coverage" (KAUFMAN, Bruce, *The global evolution of industrial relations. Events, ideas and the IIRA*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, pp. 627-628). Ya antes, Georges Spyropoulos tenía dicho: "El sindicalismo conoce una de sus crisis más profundas [...]. Se puede observar una baja, casi general, de los efectivos sindicales y, en la mayoría de los países, la influencia de los sindicatos va disminuyendo. Hay además una crisis de credibilidad sindical y una notable desmovilización de los trabajadores [...]" (SPYROPOULOS, Georges, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, en *Revista de Relasur*, 1994, p. 81).

(2) Al respecto, Héctor Lucena escribe: "Las organizaciones sindicales experimentan las dificultades que en casi todo el mundo sufre hoy el movimiento sindical, que se expresa en una baja de la tasa de afiliación. Las tasas van desde una alta afiliación como en el caso de Argentina con un 35%, hasta tasas muy bajas como en Colombia y los países de Centroamérica, con tasas entre un 5 y 8%" (LUCENA, Héctor, "Estado de las relaciones industriales", en *Análisis Laboral*, N° 326, Lima, 2004, p. 7).

(3) Vide YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *La sindicalización en el Perú*, Fundación Friedrich Ebert-PUCP, Lima, 1986.

(4) Vide el cuadro "Trabajadores asalariados y sindicalizados", en *Análisis Laboral*, N° 359, Lima, 2007, p. 1. Aunque ahí se advierte algún incremento del año 2002 al año 2005 en el porcentaje de trabajadores sindicalizados respecto al número de trabajadores asalariados (del 6,64% al 8,63%), la tasa de afiliación sindical es aún inferior a las habidas antes del año 1990.

(5) Vide el cuadro "Convenios colectivos por tipo de solución", en *Análisis Laboral*, N° 365, Lima, 2007, p. 1.

Así planteadas las cosas, ¿importa la recomposición del movimiento sindical en nuestro país? Nos permitimos entender que sí. Principalmente, porque la veloz expansión del comercio internacional y la liberalización de los mercados financieros motivan singular y muy actual interés en ciertos "estándares laborales" básicos o centrales: entre ellos, los derechos a la libertad de sindicación y a la negociación colectiva. En este orden, destaca el temperamento del Banco Mundial, hoy preocupado en la promoción de tales estándares con miras a lograr el buen funcionamiento del mercado laboral(6).

En las líneas que siguen, procuramos dar cuenta de algunas causas de la *decadencia del sindicalismo*, proponemos algunos planteamientos para la *recomposición del movimiento sindical* y realizamos una *evaluación de beneficios y riesgos* de las acciones a seguir.

2. CAUSAS DE LA DECADENCIA DEL SINDICALISMO

Para mejor entender la situación actual en las organizaciones sindicales, presentamos *algunas* causas de la decadencia del sindicalismo.

2.1. Aspectos generales

Consideramos los muy diversos acontecimientos ocurridos *en el mundo* hacia fines del siglo XX –principalmente los *cambios de carácter económico y social*(7)– que los sindicatos deben enfrentar y que han repercutido sobre la acción sindical.

a. Cambios económicos

Entre los *cambios económicos*, deben indicarse la *crisis económica*, la *inflación* y la *progresión del desempleo*(8).

---

(6) AIDT, Toke y TZANNATOS Zafiris, *Unions and Collective Bargaining. Economic Effects in a Global Environment*, The World Bank, Washington DC, 2002. Sobre la negociación colectiva, por ejemplo, exponen ambos autores: "Collective bargaining is potentially a powerful means to facilitate *bargaining coordination*; that is, the extent of coordination between unions and employers' organizations in wage setting and other aspects of industrial relations (for example, working conditions, holidays and leave provsions and so on)" (ibídem, p. 11).

(7) Seguimos a SPYROPOULOS, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 82 y ss.

(8) Ibídem, p. 82.

En los *países industrializados*, están las *nuevas formas de organización de la producción* –particularmente la llamada "especialización flexible" o "especialización suave", que parece haberse impuesto sobre el antiguo sistema "taylorista" y "fordista" (promotor de la producción en serie de bienes estandarizados). En este contexto, "grandes sectores que estaban dedicados a la producción masiva de bienes de consumo durables, se derrumban o se ven afectados" mientras que "un número creciente de pequeñas y medianas empresas asumen una parte cada vez mayor en la creación de riquezas y de empleo"(9). Entonces, "la representatividad y la influencia de los sindicatos han padecido mucho por estas mutaciones"(10).

En los países de *América Latina*, están las *políticas de austeridad*, los llamados *programas "de ajuste"* y las *privatizaciones*. Tales políticas han determinado frecuentemente la *progresión del desempleo* y el *desarrollo del trabajo precario y del sector informal de la economía*. Ciertamente, "no son estas las condiciones más favorables para la consolidación de la acción sindical"(11).

b. Cambios tecnológicos

Aludimos a las *nuevas tecnologías y descubrimientos*. Destacan especialmente los progresos logrados en el ámbito de las telecomunicaciones y de la informática, que han determinado el surgimiento de la "telemática" y del llamado "teletrabajo" o "trabajo a distancia"(12). Así, "la aceleración del progreso técnico trastorna los conceptos tradicionales del trabajo y de relaciones de trabajo y modifica las relaciones de fuerza entre los trabajadores y los empleadores"(13). A los sindicatos importa, o debiera importar, por lo tanto, el *control social de los cambios generados por la tecnología*.

En verdad, "el cambio tecnológico altera, desplaza e incluso elimina empleos; las actitudes técnicas tradicionales requeridas por las empresas ya no son las mismas; existe la proliferación de empleos temporales, de presta-

(9) Loc. cit.

(10) Loc. cit.

(11) Ibídem, pp. 82-83.

(12) Sobre el teletrabajo, puede verse SACO BARRIOS, Raúl, *El teletrabajo*, Ponencia libre presentada al XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, Lima, setiembre de 2006.

(13) SPYROPOULOS, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, cit., p. 83.

ción por servicios y nuevos métodos de gestión que ha supuesto una ruptura con el modelo de producción y de relaciones laborales con contratos típicos. Las incertidumbres que origina ese cambio tecnológico están mermando cada vez más las posibilidades de obtener empleos de larga duración, y a la vez, la precariedad del empleo y la situación contractual están modificando la situación de los trabajadores en la empresa. Estos cambios afectan a la organización y acción sindical para poder seguir ocupando un papel central en la vertebración de los intereses de los trabajadores e, incluso en ocasiones, arriesgando alternativas de contenido público"(14).

c. *Cambios en la composición de la población activa*

Deben señalarse la *contracción de los empleos en la agricultura y en la industria*, la *expansión del sector de los servicios*, el *ingreso masivo de las mujeres en el mercado de trabajo* y el *aumento rápido del trabajo atípico y precario*(15). Dichos cambios inciden sobre el movimiento sindical: por lo común, los trabajadores sindicados han sido trabajadores permanentes ("no eventuales" o "estables") y exclusivos (han prestado servicios a un solo empleador) y han laborado mayormente en la industria y no en el sector servicios; y las mujeres no tienden a sindicarse, a su vez, no ha interesado a los sindicatos la situación o la afiliación de la mujer trabajadora.

d. *Nuevas actitudes y comportamientos individuales ante el trabajo y la vida laboral*

La acción colectiva que propugnan los sindicatos puede parecer hoy menos atrayente a los trabajadores que *el mejoramiento de la calidad de vida* y las *compensaciones que brinda el éxito individual*(16).

---

(14) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo, *Globalización y Derechos laborales*, mn editores, Lima, 2003, p. 76.

(15) SPYROPOULOS, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, cit., p. 83.

(16) Loc. cit. En este contexto, acaso debamos tener presentes las reflexiones de Vicente Santuc, SJ: "La utilidad y rentabilidad, categorías que presiden al discurso y a la práctica económica (en la llamada 'Economía Mundo'), disuelven tranquilamente los tradicionales enraizamientos del hombre en las relaciones con la naturaleza y los demás, esos enraizamientos a partir de los cuales siempre el hombre se ha pensado, ha organizado sus mundos y se ha orientado. Así hizo siempre el hombre, instituyendo en cada espacio cultural un modo de ser

e. *La globalización*[17] *de la economía*

La *globalización de la economía* ha implicado nuevas relaciones de fuerza entre los actores sociales. En este orden, se han expandido las empresas multinacionales y han aumentado los acuerdos de integración económica. Los cambios que se pueden observar ahora en materia sindical son "consecuencia directa" de este fenómeno[18]. Ciertamente, tal proceso ha determinado la apertura comercial y la suscripción de tratados de libre comercio (TLC) y, en consecuencia, ha generado un aumento de la competencia en los mercados de productos y de políticas empresariales más interesadas en la reducción de los costos laborales que en la concesión de nuevos o mayores beneficios a los trabajadores[19].

---

propio que se sostenía por las instituciones (lenguaje, normas, familia, instrumentos, modos de producción, etc.) y por las significaciones que tales instituciones encarnan (dioses, ciudades, mercancías, riqueza, patria, etc.). Siempre, el hombre en todas partes se ha configurado un mundo de sentido, de valoraciones, de cosas buenas y malas. Al revés de aquello, las categorías de utilidad y rentabilidad configuran un mero espacio operacional y disuelven la pertinencia de la pregunta por el sentido. Si tales categorías producen miseria y marginación, se dirá que eso es lamentablemente lo que exige la máquina productiva hoy. Es necesidad. Necesidad que, muy a su pesar, no pueden controlar los decididores [...] la máquina productiva mundial es tal que en todas partes puede producir miseria y marginación, sin que nadie pueda darle órdenes. Todos reconocen que le deben obediencia: desde arriba hasta abajo del sistema, el hombre ha acabado por tornarse insignificante. Él no tienen nada que decir. ¿Quién habla, entonces? Es el 'nadie' del mercado. Y el mercado solo conoce de mercancías. Con eso no se hace una civilización, ni se crean lazos. Al contrario [...] Es urgente que todos y cada uno empecemos a invertir en otra cosa que carros, televisores, placeres, computadoras, etc. Es urgente que renazca o nazca la *pasión* por la democracia, por la libertad, por los asuntos comunes. Se trata de un cambio de la humanidad por ella misma, en todos sus espacios" (SANTUC SJ, Vicente, "El nuevo hombre mundial. Del topo en sus laberintos", en VV.AA., *Neoliberalismo y desarrollo humano. Desafíos del presente y del futuro*, Instituto de Ética y Desarrollo de la Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya, Lima, 1998, pp. 167-168 y 214).

(17) En este trabajo, utilizamos indistintamente y como sinónimos los términos *globalización*, *mundialización* e *internacionalización* de la economía.

(18) SPYROPOULOS, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, cit., p. 84.

(19) "Hoy los sindicatos se encuentran con la necesidad de replantear su actuación en el nuevo marco de una economía internacionalizada y enormemente compleja. Un replanteamiento que debe también tener en cuenta las nuevas pautas culturales de las sociedades actuales, diferentes de las imperantes a principios de siglo cuando cristalizaron muchos de los idearios y tramas organizativas de los actuales movimientos sindicales" (RECIO, Albert, *Trabajo, personas, mercados. Manual de economía laboral*, Icaria/Fuhem, Barcelona, 1997, p. 205).

Desde otro punto de vista y si se vincula la globalización de la economía con la posmodernidad (movimiento cultural que, entre otros aspectos, propicia el individualismo y la falta de compromiso social), podría incluso vaticinarse o aun alegarse el fin de los sindicatos(20).

2.2. El sindicalismo latinoamericano

Es difícil dar diagnósticos generales acerca de las razones de la *crisis del movimiento sindical latinoamericano*. Esto, porque: "A pesar de compartir un conjunto de experiencias históricas, los países latinoamericanos están estructurados en formas extremadamente diferentes, tanto en lo que concierne a sus dimensiones, geografía, desarrollo económico y sistema político, como en su composición étnica, rasgos sociales y tradiciones socioculturales. Igualmente distintos son los actores sindicales que se formaron en esos países"(21). No obstante, Achim Wachendorfer alude a las "taras hereditarias y déficit históricos del sindicalismo latinoamericano" y expone: "Para 'la víspera' del proceso de reestructuración social y económica los actores sindicales de América Latina, en su cambiante historia, habían acumulado ya un conjunto de problemas y déficit interrelacionados que habrían de representar una pesada hipoteca para el futuro. Esos problemas y déficit, desarrollados a través de la historia, afectaron prácticamente a la totalidad de los sindicatos latinoamericanos durante los años sesenta y setenta. Es decir, incluyen toda la escala de concepciones sindicales, desde las tradiciones corporativas hasta las marxistas-leninistas, así como numerosas variantes, combinaciones y 'caminos especiales'. Ciertos componentes vitales de esos déficit acumulado y legados problemáticos, que para ese momento muchas veces parecían poco relevantes o que inicialmente podían ocultarse, estaban fuera

(20) "Se suele tipificar el momento actual hablando de "post-modernidad". Esa manera de hablar, ayer reservada a algunos iniciados, ha pasado al lenguaje común. Se dice que estamos al final de una época que nos hace vivir muchos "fines": fin del mundo industrial moderno, fin de la historia, fin de la religión con la muerte de Dios, fin de los partidos políticos y de los sindicatos[...]" (SANTUC SJ, Vicente, "Ciudadanos del mundo, llamados a ser 'sal de la tierra y luz del mundo'", en VV.AA., *Ser humanos y cristianos en el siglo XXI. Una ética para el camino*, Red Apostólica Ignaciana-Centro de Estudios y Publicaciones (CEP), Lima, 2001, p. 79).

(21) WACHENDORFER, Achim, "El sindicalismo latinoamericano: salud delicada, pronóstico reservado", en María Silvia Portella de Castro y Achim Wachendorfer (coord.), *Sindicalismo latinoamericano: entre la renovación y la resignación*, ILDES-FES/Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1995, p. 16.

de la responsabilidad sindical; ellos básicamente son consecuencia y expresión de condiciones históricas que están más allá de las posibilidades de influencia o intervención de los sindicatos. Sin embargo, cuando se abrieron campos de acción y posibilidades de organización sindical, estos muchas veces fueron desaprovechados"[22].

A continuación, referimos algunos *aspectos comunes a los sindicatos latinoamericanos.*

a. El Estado como referencia central

La *orientación hacia el Estado* ha desempeñado un rol importante en el sindicalismo latinoamericano.

Así ocurrió, por ejemplo, con el *sistema sindical corporativo*, instaurado a manera de "matrimonio de intereses" en importantes países de la región (Argentina, Brasil y México): el Estado aseguraba a los sindicatos algunas "garantías de existencia" –diversas ventajas, una revaloración política y un conjunto de medidas sociales– y en canje recibía lealtad y respaldo político y un aparato eficiente para el control social. Este "arreglo", sin embargo, conllevó una *vasta disminución de la autonomía sindical* (ante el Estado y otras instituciones) y con el tiempo implicó también la burocratización y la corrupción en los sindicatos, el alejamiento entre dirigentes y afiliados, la marginación de las corrientes disconformes o contrarias y el rechazo de las instituciones y los valores democráticos. Por los privilegios recibidos, "esos sindicatos no sentían ninguna necesidad de renovarse"[23]. Para los *sindicatos críticos del u opuestos al sistema*, el Estado también fue cuestionado (como "causante de todos los males"). Así, las acciones sindicales fueron dirigidas casi exclusivamente contra el Estado "enemigo" y sus diversas instituciones y representantes, lo que a su vez acarreó una gran politización de los conflictos laborales[24]. En resumen, "un resultado definitivo de esa tradición de fijación "positiva" o "negativa" con el Estado es el escaso desarrollo de relaciones constructivas y consolidadas a nivel del capital-trabajo, o de las empresas y sindicatos. Por regla general esta

[22] Ibídem, p. 17.

[23] Ibídem, pp. 17-18.

[24] Ibídem, p. 18.

tendencia se fortaleció porque las organizaciones patronales también buscaron hacer prevalecer sus intereses a través del Estado o ganarlo para una política antisindical"[25].

b. Autonomía reducida

Las tentativas de limitar y reducir la autonomía sindical han sido habituales en América Latina. Antiguamente, *mediante el otorgamiento de privilegios y ventajas* o por medio de la represión. Ahora, *mediante la legislación* –que puede restringir la forma de organización sindical y constreñir la negociación colectiva (por razones políticas, hasta se niega el reconocimiento a los sindicatos)–. A su vez, se advierte la *sumisión de los sindicatos a los partidos políticos o instituciones*[26].

c. Escasa capacidad de influir en la configuración del orden social y económico

A diferencia de su gran importancia política coyuntural (el uso de los sindicatos corporativos con fines políticos, la función política desempeñada por los sindicatos democráticos que lucharon contra las dictaduras militares y propugnaron los derechos políticos[27]), *los sindicatos latinoamericanos tienen una capacidad sumamente escasa de participar en la configuración del orden social y económico*. "Aparte de algunas excepciones, no tienen una figuración importante ni en la conformación de las relaciones laborales y la formación profesional ni en la administración del sistema de pensiones, las cajas de seguro de enfermedad o los fondos sociales y de desarrollo, exceptuando una presencia formal en algunos casos. Salvo algunos episodios no existe cogestión más allá de la empresa, y las decisiones globales económicas y sociales dejan de lado a los sindicatos. Mientras, por un lado, el Estado y los empresarios se cuidan de mantener a los sindicatos alejados de esas áreas, muchas veces, y por diversas razones, estos demuestran poco interés en ellas. Los sindicatos corporativos, por ejemplo, tenían poco interés en

(25) Loc. cit.

(26) Loc. cit.

(27) "Por regla general, ese eminente significado político disminuyó de manera drástica durante la etapa de transición a la democracia y en la de su consolidación" (Ibídem, p. 19).

influir formativamente, mientras los sindicatos opuestos al sistema, desde su perspectiva, no querían dejarse utilizar como factores de legitimación del sistema capitalista"[28].

d. Posición débil en el sistema político y social

El enraizamiento de las organizaciones sindicales en el sistema social y político en América Latina ha sido siempre muy flojo. Por lo corriente, no han sido considerados ni aceptados como elementos de dicho sistema.

Tal circunstancia, sin embargo, confiere a los sindicatos alguna estabilidad y una suerte de "seguro de vida" incluso en tiempos difíciles[29]. Así, por ejemplo, el poder y la importancia de los sindicatos corporativos latinoamericanos "dependen más que nada del beneplácito y el respaldo del Gobierno y otros factores tradicionales de poder. Si pierden eso, la sociedad seguramente no va a salir en su defensa, pues muchas veces su reputación y su imagen son negativas. Por otro lado, los sindicatos que no se someten a los intereses dominantes son vistos por los factores tradicionales de poder como cuerpos extraños que, de ser posible, deben eliminarse"[30].

e. Deficiencias político-organizativas

En América Latina predominan los *sindicatos de empresa* –esto, pese a que la *sindicación por rama de actividad* parece mejor orientada hacia la satisfacción de los intereses sociales o laborales comunes–. Esta *sindicación por empresa* genera, pues, la "atomización" o fragmentación o dispersión sindical. En la región y acaso debido a la dimensión de las empresas o propiciada incluso por los propios empleadores, tal hecho es por demás evidente[31].

---

(28) Loc. cit.

(29) Según Wachendorfer, se muestra aquí una diferencia importante con los sindicatos de Europa occidental: "Aunque allí también existe un interés del empresariado y de las fuerzas conservadoras en contener el poder sindical una liquidación de los sindicatos resulta inaceptable a nivel social. Los sindicatos, aun cuando sean relativamente débiles e insignificantes, constituyen una parte de la cultura política del país, al igual que la Iglesia, los partidos políticos, etc." (ibídem, p. 20).

(30) Loc. cit.

(31) "Las excepciones son Argentina y Brasil, donde bajo la influencia de gobiernos corporativos se desarrollaron y consolidaron otras estructuras organizativas. En Argentina se

En verdad, los sindicatos de empresa acreditan algunas debilidades estructurales. Entre otras flaquezas, están expuestos a ser manipulados por el empresario, tienen escaso poder de negociación (particularmente en las empresas chicas), refuerzan (sin acaso desearlo o proponérselo) la desigualdad de las remuneraciones y de las condiciones de trabajo y beneficios (o prestaciones) sociales y sus experiencias provienen del limitado entorno empresarial (las relaciones intersindicales son casi inexistentes).

f. Concepciones obsoletas y falta de apertura social

En los países latinoamericanos, *las concepciones sindicales han permanecido casi invariables*. Wachendorfer es contundente: "Exagerando un poco se puede decir que el mundo, es decir, el marco de referencia sindical ha cambiado, mientras los sindicatos han permanecido programática e ideológicamente estáticos. En el mejor de los casos, percibieron los cambios en la economía, la sociedad, los valores socioculturales y los procesos internos de las empresas, pero sin sacar conclusiones para la estructura sindical interna, los programas, las formas de acción, etc. Según la concepción y la cosmovisión de los sindicatos, las declaraciones políticas y los parangones explicativos sustituyeron la oferta de alternativas realistas, económicas, sociales y políticas. Hasta los cambios radicales en el mercado laboral, tales como la creciente proporción de mujeres en la población trabajadora, el creciente significado de los servicios modernos, y los desarrollos en el sector informal, encontraron poca acogida en las estrategias sindicales. Otra consecuencia de la escasa renovación ideológica y política fue una sensibilidad igualmente escasa ante las nuevas circunstancias y temas políticos, atendidos sobre todo por movimientos sociales ante los cuales los sindicatos mantienen a menudo una buena distancia. La exigua capacidad de cambio se expresa en parte en una exigua capacidad de renovación de la dirigencia"(32).

---

consolidó en amplios sectores el sistema de sindicatos industriales nacionales con una elevada concentración y centralización del poder, lo cual trajo como consecuencia el que las instituciones empresariales regionales o locales prácticamente carezcan de relevancia. En Brasil se constituyeron por decreto sindicatos unitarios a nivel comunal, conforme al principio profesional, los cuales luego se fusionaron en instancias de coordinación federales y nacionales. Aquí no existe de hecho una instancia de representación autorizada a nivel de empresa" (ibídem., p. 21).

(32) Ibídem, pp. 21-22. De todos modos, el mismo Wachendorfer aclara que no ha considerado el llamado "novo sindicalismo" –una nueva concepción sindical establecida en Brasil, constituido como respuesta a una industrialización forzada y desafiante de las concepciones sindicales tradicionales– a propósito del cual los puntos anotados carecen de validez.

2.3. El sindicalismo peruano

Consideramos la *política laboral* (de flexibilización), los límites impuestos por el *mercado de trabajo*, los efectos de la *política económica* y la *recesión* y la *forma de estructuración de las organizaciones sindicales*[33] *y de la acción sindical.*

a. La política laboral

La *política laboral*, conducida por el Estado, desmotiva la constitución o desarrollo de las organizaciones sindicales. Al respecto, debemos mencionar la intervención del Estado en las *relaciones colectivas de trabajo*[34]. Especialmente, acerca del establecimiento de un *número mínimo* –veinte trabajadores[35]– *para la constitución de un sindicato de empresa*[36]; porque tal exigencia "no corresponde a países donde prepondera la pequeña y mediana empresa"[37] y "limita la cobertura sindicalizable, marginando a un no despreciable sector de trabajadores que labora en establecimientos de tamaños menores"[38].

Interesan también algunos aspectos de la legislación sobre las *relaciones individuales de trabajo*, determinantes de una *flexibilización del empleo*[39] (pro-

---

(33) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 85.

(34) "Se ha dado una legislación que está alterando de modo radical el modelo de relación entre el estado y el sindicalismo en el Perú y la naturaleza de las relaciones colectivas en el país" (BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", en *Debates en sociología*, N° 19, Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p. 114).

(35) Artículo 14° del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (modificación introducida por la Ley N° 27912).

(36) Sobre el tema, puede verse SACO BARRIOS, Raúl, *¿Debe exigirse un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa?*, Estudio elaborado para la incorporación del autor a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2003. Ahí presentamos los planteamientos doctrinarios sobre la vinculación entre el número mínimo y el ejercicio de prácticas antisindicales o discriminatorias o que relievan la inconveniencia del establecimiento de un número mínimo –principalmente porque dificultaría la sindicación en las micro y pequeñas empresas.

(37) CIUDAD REYNAUD, Adolfo, "Relaciones colectivas de trabajo en América Latina", en *Análisis Salarial*, Lima, agosto 2001, p. 11.

(38) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 86.

(39) Por "flexibilización del empleo", se entiende "la extensión masiva de la figura del trabajador contratado o eventual". Así entendida, la flexibilización "no representa una re-

vocada por *la reforma laboral habida en el país desde el año 1991*). Así, podemos mencionar la legislación sobre el *contrato de trabajo*[40], acerca de las *modalidades de contratación* (los contratos de trabajo de duración determinada) y de la *terminación del contrato de trabajo* (en caso de despido arbitrario, es decir, sin expresión de causa justificada o sin prueba de esta en juicio, el trabajador solo tiene derecho a una indemnización mas no a la reincorporación); sobre la *intermediación laboral* (acerca de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores)[41]; y sobre las llamadas *modalidades formativas laborales*[42]. En este contexto: es muy poco probable que, por el temor al despido[43], un trabajador eventual o no permanente o "inestable" se afilie a una organización sindical –en la práctica, está fuera de la sindicación y la negociación colectiva[44]–; los trabajadores de las empresas de empleo temporal no pueden afiliarse al sindicato de la empresa donde efectivamente laboran pero tampoco constituyen un sindicato en la empresa donde trabajan formalmente –"por la precariedad en que prestan sus servicios

---

conversión tecnológica" (Ver BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., pp. 109 y 113).

(40) Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 21 de marzo de 1997) y Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 (aprobado por el Decreto Supremo N° 1-96-TR del 24 de enero de 1996).

(41) Ley N° 27626, Decreto Supremo N° 003-2002-TR del 26 de abril del 2002 y Decreto Supremo N° 006-2003-TR del 22 de mayo del 2003.

(42) Ley N° 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales. Esta Ley, promulgada el 3 de mayo del 2005 y publicada el 24 de los mismos mes y año, ha derogado la Ley de Formación y Promoción Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 2-97-TR del 21 de marzo de 1997); y en consecuencia, ha devenido ineficaz la regulación pertinente contenida en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 (aprobado por el Decreto Supremo N° 1-96-TR del 24 de enero de 1996).

(43) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 85.

(44) BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. 92. Según esta misma autora, "la CGTP [Central General de Trabajadores del Perú], la central sindical más importante del Perú, se ha convertido, sin proponérselo, en representante únicamente de los trabajadores estables" (ibídem, p. 96). También: "El creciente número de trabajadores precarios [...] y la dificultad de organización y acción colectiva entre el cada vez más numeroso contingente de asalariados de la pequeña empresa [...] han contribuido a la fragmentación de los trabajadores dependientes, han minado la solidaridad sindical y han coadyuvado a una pérdida de representatividad de las centrales sindicales" (ibídem, p. 113).

a tales intermediarios, generalmente a través de contratos a plazo fijo"[45]–; y las personas en formación laboral prestan sus servicios según modalidades formativas que "no están sujetas a la normativa laboral vigente" por expreso mandato legal[46].

En suma, "el sistema flexibilizado no favorece en absoluto al movimiento sindical"[47]. Más bien, "el modelo de flexibilización laboral ha debilitado al movimiento sindical: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, ejes básicos del (llamado) Derecho colectivo (del trabajo), han sufrido una grave merma. El ejercicio de estos derechos laborales fundamentales es mínimo"[48].

b. El mercado de trabajo

Una *abundante oferta de mano de obra* atenúa la presión que acaso puedan ejercer las organizaciones sindicales. También, la existencia de *empresas muy desiguales* en el ámbito de una rama de actividad determinada, que entorpecen la acción colectiva articulada y homogénea en el sector pertinente[49] –han crecido la pequeña y la micro empresas y el sector informal[50]–. En otro orden, podemos percibir un cierto *dinamismo* en el mercado de trabajo: existe un conjunto de trabajadores que se califican y están obligados a su inserción en nuevas condiciones –sin estabilidad laboral–. Y como "un trabajador contratado está permanentemente puesto a prueba", habrá mayores niveles de competitividad y un incremento de la productividad. Entonces, tiene lugar una

(45) CIUDAD REYNAUD, "Relaciones colectivas de trabajo en América Latina", cit., p. 11.

(46) Ley N° 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales (el artículo 24° de la derogada Ley de Formación y Promoción Laboral estableció expresamente que los jóvenes en formación laboral y los practicantes debían prestar sus servicios mediante convenios que "no originan vínculo laboral".)

(47) OTOYA CALLE, Johan, *La reforma laboral de los noventa y sus efectos en el ámbito sindical*, Ponencia presentada a al "Primera Conferencia de Economía Laboral", Lima, 22 y 23 de noviembre del 2004; texto multicopiado, p. 8.

(48) Ibídem., p. 14.

(49) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 88.

(50) BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. 91.

modernización del mercado de trabajo por cuya virtud "la capacidad técnica constituye el medio que garantiza la renovación de los contratos anuales y el incremento de los salarios"[51].

c. *La política económica y la recesión*

Ante todo, debemos anotar que el (antiguo) *modelo de desarrollo* peruano, promotor tardío y parcial de la *industrialización sustitutiva de importaciones*, permitió la incorporación del empleo asalariado en el proceso productivo, que, entre otros aspectos, implicó a su vez la constitución de sindicatos y el desarrollo del sindicalismo. Sin embargo, dicho modelo fue cuestionado intensamente[52] hasta quedar de lado.

En la última década, las *medidas económicas* adoptadas o impuestas particularmente por Alberto Fujimori, es decir, la implantación de una *política de ajuste* y el seguimiento de un *modelo liberal* (o neoliberal)[53], que amplió notoriamente el número de trabajadores precarios[54] e implicó asimismo una *política de privatización de las empresas estatales* –que "habían llegado a representar a más del 50% de la inversión nacional y se habían convertido en un poderoso bastión del sindicalismo"[55]– y la *racionalización de la administración pública* –se insistió obsesivamente en la reducción del número de empleados públicos[56]–, además de la *recesión* –que, entre otros hechos, amaina la consecución de aumentos salariales y de mejores condiciones de trabajo[57] y, por el contrario, origina la caída de las remuneraciones y propicia el desempleo y el

---

[51] Ibídem, pp. 113-114.

[52] Ibídem, p. 98.

[53] "[...] el movimiento obrero, en una primera instancia, resultó derrotado en los ochenta por el neoliberalismo [...]" (DE LA GARZA TOLEDO, Enrique, "El papel del concepto de trabajo en la teoría social del siglo XX", en Enrique de la Garza Toledo (coord.), *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, p. 25).

[54] BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. 91.

[55] Ibídem, p. 105.

[56] Ibídem, p. 106. Al respecto, la autora destaca la "deslegitimación acelerada" de la Central Intersectorial de Trabajadores Estatales (CITE) (ibídem, pp. 106-107).

[57] YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 91.

subempleo[58]– han cuestionado definitivamente una práctica sindical gremialista[59]. Cuando surgen problemas que afectan la gestión, la producción y el desarrollo empresariales, ciertamente la pretensión del logro de "reivindicaciones" pierde vigencia –y la huelga como medio de presión, tampoco marcha[60]–

d. La estructuración de las organizaciones sindicales y la acción sindical

Predomina la *sindicación por empresa*, lo que genera la (ya mencionada) "atomización" o fragmentación o dispersión del conjunto y resta fuerza a la acción sindical: los sindicatos son pequeños y débiles. Desde otro punto de vista, debemos destacar *el desgaste y la progresiva pérdida de eficacia del modo de acción sindical*: el énfasis de la confrontación antes que el diálogo y la búsqueda de entendimiento, una excesiva recurrencia a huelgas y "paros" (nacionales y sectoriales). El fracaso de tal "estilo" (para solucionar la caída de los salarios y, a mayor plazo, para revertir la política económica[61]) ha

---

(58) BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. 91.

(59) "Los sindicatos han perdido fuerza como resultado de la transformación del Estado y la economía, pero esto ha sido diferencial según el país" (DE LA GARZA TOLEDO "El papel del concepto de trabajo en la teoría social del siglo XX", cit., p. 27). "Bajo el argumento de la implantación del modelo de economía de mercado, se restringe seriamente la libertad sindical y la autonomía de la negociación colectiva, lo que ha traído como consecuencia un desmoronamiento del sindicalismo en el Perú. No cabe duda de que en todo esto existe una distorsión, porque [...] la economía de libre mercado exige todo lo contrario, es decir, la no intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo" (ROMERO MONTES, Francisco Javier, "La reconstrucción del sindicalismo", en VV.AA., Luis Pastor Iturrizaga (coord.), *La reforma laboral en el Perú. El Derecho del trabajo y la política laboral del Estado*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Gracilazo de la Vega, Lima, 2002, p. 101).

(60) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., pp. 92 y 91. Emilio Morgado Valenzuela enfatiza: "La huelga en el sector privado tiende a perder efectividad" (MORGADO VALENZUELA, Emilio, "Desafíos y perspectivas del Derecho del trabajo", en *Desafíos y perspectivas del Derecho del trabajo en el Perú. Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 31).

(61) A decir de Balbi Scarneo: "El sindicalismo se debilitará aún más ante la incapacidad de plantear alternativas a los programas de ajuste propuestos [...] No existió tampoco en el sindicalismo una capacidad de dar respuesta a las motivaciones que se aducen [promoción de la competencia, reducción de precios] para el dictado de esas medidas [reducciones forzosas de los turnos o jornadas de trabajo, cambios de giro empresarial, desprotección

lesionado, pues, la legitimidad del sindicalismo(62). En la actualidad (dada la recesión aludida y aún vigente), *los trabajadores priorizan la preservación del puesto de trabajo* (deponen la fuerza y asumen actitudes de negociación) y *para la generación de ingresos adicionales, optan por salidas individuales* (el "cachueleo" como estrategia de sobrevivencia; y relegan la acción colectiva)(63). Y por cuanto concierne a los *trabajadores eventuales o no permanentes o inestables*, "la lógica de acción en la defensa de sus intereses pasa, no por la negociación colectiva, sino por la movilidad individual y la apuesta en la calificación"(64); lo que "los aleja de una opción sindical"(65).

2.4. Algunos datos estadísticos

A continuación, presentamos *algunos datos estadísticos*.

a. Sindicación

Para el periodo 1997-2000, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo(66) (MTPE) señala que –debido a la mayor caída del número de trabajadores sindicados respecto a la del número de asalariados– ha bajado la tasa de sindicación (véase el cuadro 1).

---

legal de los trabajadores...] [...] y, en general, al modelo de desarrollo liberal de las cuales forman parte" (BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. pp. 103-104). "El sindicalismo [...] se encuentra en la incapacidad de dar respuesta a los nuevos lineamientos de la política liberal" (ibídem, p. 107). "[...] el sindicalismo no incorporó las reivindicaciones de los trabajadores contratados en sus plataformas [...] los dirigentes denunciaron permanentemente los programas de flexibilización, pidiendo su erradicación, pero sin incluir propuestas frente al desempleo y la contratación eventual. No asumieron [...] el deseo de capacitación de los trabajadores, sobre todo de los jóvenes" (ibídem, p. 112).

(62) Ibídem, pp. 97 y 100. La propia Balbi Scarneo expone: "Simultáneamente entrarán en crisis las posturas teóricas que asumían a la clase obrera como actor preponderante de un proyecto para el conjunto de la sociedad" (ibídem, p. 97). Y también destaca la pérdida de legitimidad de los dirigentes sindicales, de ideas y actitudes muy radicales, y sus "cúpulas" (ibídem, pp. 100-101).

(63) Ibídem, p. 101.

(64) Ibídem, p. 111 (y p. 114).

(65) Ibídem, p. 113.

(66) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Boletín de economía laboral*, N°s, 22-24, Año 6, Lima, octubre 2002, p. 8.

Cuadro 1
Tasa de sindicación en empresas privadas de 5 a más trabajadores, según categoría ocupacional

	1997	1998	1999	2000
Número de trabajadores sindicados				
Empleados	23, 750	21, 726	19, 490	15, 943
Obreros	51, 269	45, 489	41, 226	34, 444
Total	**75, 019**	**67, 215**	**60, 716**	**50, 387**
Número total de asalariados				
Empleados	456, 550	462, 914	461, 069	461, 995
Obreros	388, 157	366, 764	353, 093	347, 743
Total	**844, 707**	**829, 678**	**814, 162**	**809, 738**
Tasa de sindicación				
Empleados	5,2	4,7	4,2	3,5
Obreros	13,2	12,4	11,7	9,9
Total	**8,9**	**8,1**	**7,5**	**6,2**

Fuente: MTPE, *Boletín de economía laboral*, Nºs 22-24, Año 6, Lima, octubre 2002, p. 9.

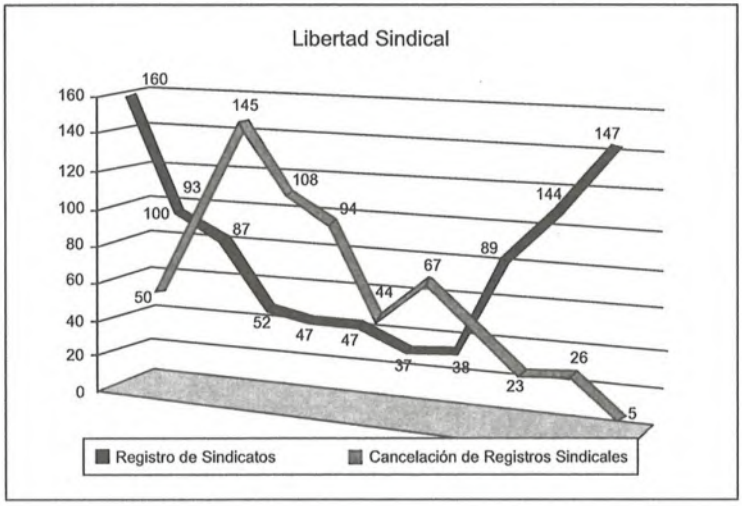
Para el periodo 1993-2003, mostramos el desenvolvimiento del registro sindical: el número de sindicatos registrados y la cancelación de registros sindicales(67) (véanse los cuadros 2 y 3).

Cuadro 2

Libertad Sindical		
Año	Registro de Sindicatos	Cancelación de Registros Sindicales
1993	160	50
1994	100	93
1995	87	145
1996	52	108
1997	47	94
1998	47	44
1999	37	67
2000	38	41
2001	89	23
2002	114	26
2003	147	5

(67) Fuente: MTPE. Los cuadros han sido tomados de: OTOYA CALLE, *La reforma laboral de los noventa y sus efectos en el ámbito sindical*, cit., p. 9.

Cuadro 3



Nótese que durante los años 1995 al 2000, hubo más extinciones que constituciones de sindicatos. A partir del año 2001, sin embargo, el número de las inscripciones en el registro sindical se eleva cada año mientras que las cancelaciones disminuyen(68). Adviértase que en el año 2000 se produjo la restitución de la democracia en el país y que en diciembre del año 2002 se dictó la Ley N° 27912 –que levantó 14 de las 16 observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT al Decreto Ley N° 25993, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo–.

b. Negociación colectiva

También para el periodo 1993-2003, mostramos el comportamiento de la negociación colectiva(69) (véanse los cuadros 4 y 5).

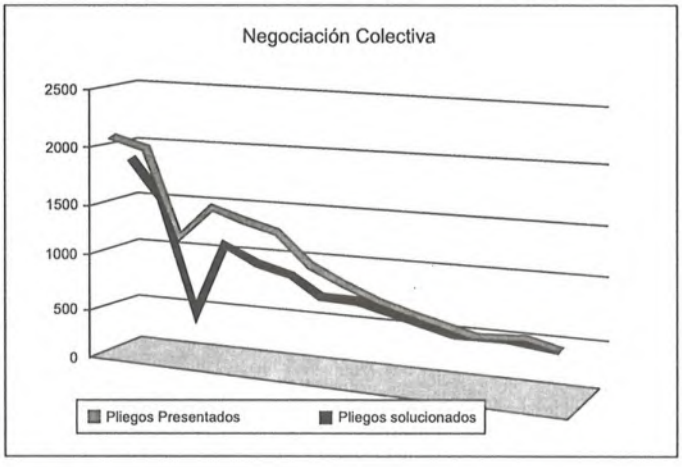
(68) Un dato curioso; según el propio MTPE, en el segundo trimestre del año 2004 hubieron 126 inscripciones en el registro sindical y *ninguna cancelación*. Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, (tríptico) *Leyendo Números... II. Trimestre 2004*, Lima, MTPE - Oficina de Estadística e Informática, abril-mayo-junio 2004.

(69) Fuente: MTPE. Los cuadros han sido tomados de: OTOYA CALLE, *La reforma laboral de los noventa y sus efectos en el ámbito sindical*, cit., p. 10.

Cuadro 4

Negociación Colectiva		
Año	Pliegos Presentados	Pliegos Resueltos
1990	2015	1762
1991	1941	1402
1992	1104	273
1993	1461	1059
1994	1350	883
1995	1271	803
1996	998	623
1997	846	627
1998	728	564
1999	652	468
2000	576	409
2001	533	418
2002	524	444
2003	535	371

Cuadro 5



El declive de la negociación colectiva es también notorio. Particularmente en el año 1992 se dictó el Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[70].

[70] Según el MTPE, en el segundo trimestre del año 2004 hubieron apenas 120 pliegos de reclamos presentados y solo 79 pliegos solucionados. Fuente: Ministerio de Tra-

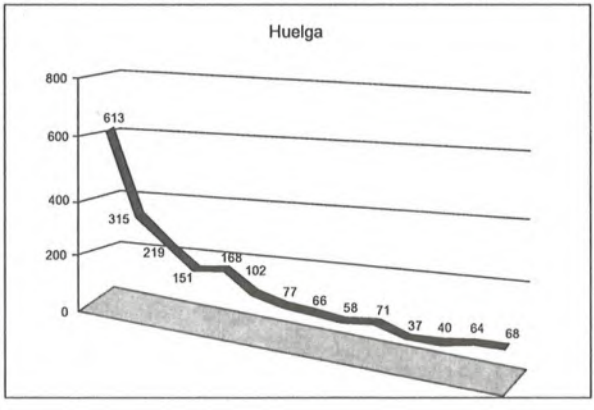
c. *Huelga*

En el mismo periodo 1993-2003, mostramos el número de huelgas habidas[71] (véanse los cuadros 6 y 7).

Cuadro 6

Negociación Colectiva	
Año	Número de Huelgas
1990	613
1991	315
1992	219
1993	151
1994	168
1995	102
1996	77
1997	66
1998	58
1999	71
2000	37
2001	40
2002	64
2003	68

Cuadro 7



bajo y Promoción del Empleo, (tríptico) *Leyendo Números... II Trimestre 2004*, cit. Continúa, pues, la caída de la negociación colectiva.

(71) Fuente: MTPE. Los cuadros han sido tomados de: OTOYA CALLE, *La reforma laboral de los noventa y sus efectos en el ámbito sindical*, cit., p. 11.

Como acaeció acerca de la sindicación, ha habido un leve aumento del número de huelgas a partir del año 2002[72].

3. PROPOSICIÓN

La proposición de algunos planteamientos para la recomposición del movimiento sindical precisa tomar como base, ante todo, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*: entre otras, son *normas laborales mínimas o equitativas* los "convenios fundamentales" sobre *libertad sindical y sindicación y negociación colectiva* (N°s 87 y 98)[73]. También, la Constitución Política del Perú –que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga–[74].

---

[72] Según el MTPE, en el segundo trimestre del año 2004 hubieron 27 huelgas. Ello, no obstante la subida de los años 2002 y 2003. Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, (tríptico) *Leyendo Números... II Trimestre 2004*, cit.

[73] Como *base jurídica del sistema global*, se ha adoptado, por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1988, en Ginebra, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. En esta *Declaración* ("considerandos" segundo y quinto), se expone que "el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas" por lo cual "con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales, al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano". Según el artículo 2° de la *Declaración*, todos los miembros de la OIT, por su mera pertenencia a esta y aunque no los hayan ratificado, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los *derechos fundamentales* que son objeto de los convenios siguientes: a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación. En consecuencia, son *normas laborales mínimas o equitativas* los "convenios fundamentales" sobre *libertad sindical y sindicación y negociación colectiva* (N°s 87 y 98), trabajo forzoso (N°s 29 y 105), trabajo infantil (N°s 138 y 182) y no discriminación (N°s 100 y 111).

[74] Constitución Política del Perú, artículo 28°: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

a. Actores

Así, pues, son *actores* involucrados en una operación orientada hacia la recomposición del movimiento sindical: el *Estado*, que –como acabamos de indicar– debe garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales; los *empresarios*, que acaso debieran considerar a los sindicatos como una suerte de "aliados estratégicos" para el logro de la productividad y la competitividad de las empresas; y las propias *organizaciones sindicales*, que debieran modificar el ejercicio de sus funciones habituales para mejor encarar los retos que hoy les imponen las nuevas circunstancias sociales y económicas.

A propósito particularmente de las organizaciones sindicales, importa considerar la observación formulada por Héctor Lucena: "En la política laboral de nuestros países se ha optado por identificar como interlocutores centrales de las relaciones de trabajo, a las empresas y los sindicatos. El que los sindicatos hayan alcanzado esta centralidad, responde a hechos y conquistas históricas que se explican en el ámbito de cada sociedad dada. Sin embargo, es común a nuestras realidades las dificultades de sobrevivencia que vienen experimentando estas organizaciones sociolaborales de defensa y protección de los trabajadores. Este fenómeno no se explica solamente analizando a estas organizaciones; hay que analizar el conjunto de los sistemas productivos y políticos, para encontrar explicaciones más satisfactorias. Pero es un hecho incontrastable, las crecientes dificultades para su accionar reivindicativo. Este es uno de los factores que han estado en el sustrato del crecimiento exponencial de la exclusión laboral. Las constantes políticas macro y micro económicas han conspirado para limitar el accionar sindical y facilitar la disminución de los asalariados formales, abriendo compuertas facilitadoras de diversas formas de exclusión. Aunque también cabe mencionar que los propios sindicatos optaron por políticas reivindicativas que indirectamente estimularon la exclusión. Por supuesto que no fueron políticas genuinamente sindicales, sino aquellas que enmarcadas en los modelos de desarrollo de orientación keynesiana, fueron privilegiadas por el liderazgo político y económico en nuestras sociedades"(75).

---

(75) LUCENA, Héctor, "La política laboral: sindicatos y cooperativas", en Emilio Morgado Valenzuela (edit.), *Quinto congreso regional americano de relaciones de trabajo. Dimensiones sociales de la globalización. relaciones de trabajo y protección social en los procesos de integración, Tratados de Libre Comercio y el APEC*, AIRT, Santiago, 2005, p. 283.

De todos modos, interesa procurar el establecimiento de relaciones verdaderamente armónicas entre los actores sociales. En el ámbito laboral, esto implica la formación de actores colectivos autónomos y representativos(76).

b. Acciones a seguir

Entre las distintas *acciones a seguir*(77) para la *renovación del sindicalismo*, debieran alentarse:

- El *derecho a la información*, que constituye una importante forma de participación de los trabajadores en las relaciones laborales.
- La *unidad sindical*, para enfrentar la "atomización" o dispersión o fragmentación de las organizaciones sindicales –que afecta la cohesión y fuerza del movimiento–(78).
- La *instauración de condiciones mínimas que permitan un eficaz ejercicio de la función sindical*(79). Vale decir, la *implantación efectiva del* "fuero sindical", entendido este en su más lato sentido: el *otorgamiento a los trabajadores de las más amplias garantías para el cumplimiento de la acción sindical*(80).

---

(76) SACO BARRIOS, Raúl, "Globalización y empleo", en Emilio Morgado Valenzuela (edit.), *Quinto congreso regional americano de relaciones de trabajo. Dimensiones sociales de la globalización. relaciones de trabajo y protección social en los procesos de integración, Tratados de Libre Comercio y el APEC*, AIRT, Santiago, 2005, p. 404.

(77) Aunque enfocadas parcialmente desde otro punto de vista, las ideas aquí planteadas las tenemos también expuestas en SACO BARRIOS, Raúl, "Los sindicatos en el contexto de la globalización, los tratados de libre comercio y las reformas laborales", *Desafíos y perspectivas del Derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2004, pp. 275-289.

(78) "En los países donde prevalece la unidad sindical, la probabilidad de que los sindicatos estén en medida de superar las dificultades son mucho más grandes que en los países donde prevalece la división sindical" (SPYROPOULOS, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*, cit., p. 87).

(79) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 96.

(80) Vide ERMIDA URIARTE, Óscar, *Protección contra los actos antisindicales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998. Al respecto, José Montenegro Baca tiene claramente escrito: "En nuestro entender, el fuero sindical, en sentido amplio, puede ser definido como la protección especial que se otorga a los trabajadores agremiados en atención a la actividad sindical desenvuelta, ya sea en sus relaciones con el empleador, con el Estado o con los mismos trabajadores" (MONTENEGRO BACA, José, "Concepto amplio de fuero sindical", en *Derecho colectivo laboral. Asociaciones profesionales y convenios colectivos*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 506).

- La *activación y el dinamismo del movimiento sindical*, que requieren, al parecer, una *reproducción del trabajo asalariado*[81] *como tal*, esto es, "que la forma principal de absorción de empleo suponga una extensión de la relación capital-trabajo"[82]. Esto supone *inversión y crecimiento de la producción*.
- La *coordinación de las acciones sindical y política* y la *articulación del quehacer sindical con el de otros sectores populares*[83].
- La *ampliación de la acción sindical* "incorporando al diseño de la táctica un conocimiento de la política económica general y sectorial que permita plantear salidas frente a la crisis y recesión"[84]. Al interior del centro de trabajo, esto requiere el acceso a formas de manejo técnico-productivo y de gestión empresarial "pasar de una conciencia de asalariado a una de productor"[85].
- En lugar de la sindicación por empresa, el *establecimiento de sindicatos en atención a su base geográfica*, "que puede reducirse a una parte del territorio nacional, a todo el territorio nacional y aun internacionalizarse"[86]. Para enfrentar las nuevas formas de organización de las empresas, que se instalan en lugares en los que nunca hubo sindicatos, y con miras a conciliar la concentración espacial de los trabajadores con sindicatos que la evidencien, debiera tratarse de combinar la instauración territorial de las empresas con el movimiento sindical; es decir, "los sectores económicos que han surgido como resultado de la liberalización comercial en lugares sin tradición sindical podrían ser objeto de una ofensiva orientada a la sindicalización de los trabajadores de esos nuevos sectores, como son los de la industria maquiladora, la cosecha de fruta y las flores de exportación, y los servicios públicos. También podrían servir para organizar categorías sociales

(81) El trabajo asalariado es la más importante fuente de afiliados a las organizaciones sindicales.

(82) BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., p. 98.

(83) YÉPEZ/BERNEDO, *La sindicalización en el Perú*, cit., p. 96.

(84) Ibídem, p. 95. Según ellos, "no quedarse en la denuncia sino también pasar a la propuesta del "desenmascaramiento", a la alternativa concreta" (loc. cit.).

(85) Ibídem, pp. 95-96.

(86) ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos en libertad sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985, pp. 45-47.

como las mujeres o los jóvenes que son contratados en condiciones muy precarias"[87]. En suma: "El sindicalismo debe explorar esas alternativas para adecuar las características del nuevo aparato productivo y del nuevo marco institucional a los requisitos de la *representación colectiva de los trabajadores*" (las cursivas son nuestras)[88].

- La *conformación de centros estratégicos de acción sindical*. Esto, para robustecer la acción reivindicativa en los sectores estratégicos de la economía y estimular, por tanto, una renovación del sindicalismo, de sus formas de organización de sus formas de acción[89]. "En efecto, en la industria maquiladora, en la industria de la cosecha y empaque de fruta y de flores de exportación, en la manufactura de autopartes, en las telecomunicaciones y en algunos servicios públicos como la salud y la educación, o no existen sindicatos o no desempeñan el papel que deberían desempeñar dada la importancia de esos sectores en el TMI (modelo de desarrollo consistente en la "transnacionalización" del mercado interno). El movimiento obrero, a partir de esta nueva realidad, en vez de localizar su atención en sus bases tradicionales de apoyo, podría concentrarse en estos sectores que, por ocupar un lugar estratégico en la economía, podrían convertirse en centros de acción sindical que pudieran cuestionar las formas a través de las cuales se han implementado hasta ahora las estrategias exportadoras" (el texto entre paréntesis es nuestro)[90].
- La *formulación de proyectos sindicales que den sentido a las reivindicaciones* (ya logradas o aún pretendidas). Esto, relacionado con el "discurso ideológico". Por ejemplo, la tendencia a la informalidad de los mercados de trabajo (y de las relaciones laborales), el estancamiento de las remuneraciones y la exclusión de los sindicatos de los organismos de toma de decisiones en las instituciones de la salud o de la seguridad social "pueden ser enfrentados *a través de propuestas y de alternativas formuladas por los trabajadores*" (las cursivas son nuestras)[91].

---

(87) ZAPATA, Francisco, *¿Crisis del sindicalismo en América Latina?*, El Colegio de México, México D.F., 2003, p. 23.

(88) Loc. cit.

(89) ZAPATA, *¿Crisis del sindicalismo en América Latina?*, cit., p. 23.

(90) Loc. cit.

(91) Ibídem, p. 24.

- Los *espacios en los medios de comunicación de masas* y la *apertura de nuevas formas de solidaridad social*. Vale decir, la *legitimación de los derechos laborales de cara a la opinión pública*(92).

- La *rearticulación del movimiento sindical con los partidos políticos*. De singular importancia, este punto se vincula a la acción sindical participativa y a la negociación colectiva. Esto, porque: "De una subordinación estrecha a los imperativos de los partidos tanto en la versión corporativa como en la versión clasista, el movimiento obrero ha pasado a una marginación de sus intereses específicos en el ámbito político. A la deriva, sin articulaciones significativas [...] *los sindicatos defienden a duras penas espacios en el ámbito de la negociación colectiva*, sabiendo que sin vinculaciones con la política, esos espacios son frecuentemente ineficaces. Por lo cual, el movimiento obrero [...] podría quizás recuperar algún grado de influencia en la definición de los objetivos de algunos partidos políticos, los cuales, a su vez, podrían encontrar en el actor sindical, a un aliado que pudiera contribuir con sus votos pero también con sus ideas a *la democratización del proceso de toma de decisiones* en el modelo de desarrollo de la transnacionalización del mercado interno" (las cursivas son nuestras)(93).

- El *ejercicio de la negociación colectiva*. Vale decir, la *coordinación entre los sindicatos y las organizaciones empresariales* para la fijación de remuneraciones y el establecimiento de las condiciones de trabajo(94). Tal coordinación influye decididamente sobre el funcionamiento del mercado de trabajo y el rendimiento ma-

---

(92) SULMONT, Denis, "Sociología del trabajo y de la empresa en el Perú: un balance", en *Debate en sociología*, Nº 19, Lima, 1995, p. 33.

(93) ZAPATA, *¿Crisis del sindicalismo en América Latina?*, cit., p. 23. Ya en 1993, el propio Zapata había adelantado al respecto que "el problema de fondo [...] es el de la articulación con partidos que deben mediar las demandas específicas de los trabajadores sindicalizados y convertirlas en conquistas generales para todos los trabajadores, estén o no organizados en sindicatos" (ZAPATA, Francisco, "¿Crisis del sindicalismo en América Latina?", en *Economía & Trabajo*, Nº 2, Año 1, 1993, p. 17).

(94) Para el Banco Interamericano de Desarrollo (BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Se buscan buenos empleos. Los mercados laborales en América Latina*, 2004, p. 262,), "la acción sindical depende fundamentalmente de elementos contextuales, y en especial de la coordinación entre sindicatos y/o empresas". De todos modos, "es importante distinguir coordinación de centralización, ya que esta última se refiere estrictamente al nivelen el cual se realizan las negociaciones (en la planta, la empresa, el sector o la economía en su conjunto). Esto significa que puede haber coordinación entre los sindicatos o entre las empresas aun

croeconómico[95]. Conforme demuestra un reciente estudio del Banco Mundial, una *negociación colectiva coordinada* conduce a mejores resultados económicos respecto a negociaciones "semicoordinadas", y estas, a su vez, mejores respecto a negociaciones "descoordinadas": en los países donde existe una negociación colectiva "altamente coordinada", el desempleo tiende a ser menor y menos persistente, la desigualdad salarial es también menor y las huelgas son pocas y de corta duración[96]. Específicamente, la coordinación entre empleadores tiende a producir menor desempleo; al tiempo que la "atomización" sindical y la existencia de diversas confederaciones tienden a propiciar desempleo e inflación[97]. En definitiva, "la coordinación entre los agentes sociales puede promover un mejor clima para la inversión y a la vez fomentar una distribución más equitativa de la producción"[98]. Por otro lado, la *coordinación entre los agentes sociales* incide sobre el *nivel de la negociación* colectiva[99]. Entonces, los gobiernos, los empleadores y los trabajadores pueden recurrir a la *negociación colectiva coordinada* (o mejor, "centralizada"), "a nivel nacional", para "asegurarse" frente a las perturbaciones que puedan ocasionar los mercados internacionales. "De hecho, aquellos países que están más expuestos a riesgos externos (tales como la apertura al comercio internacional) tienden a tener una estructura salarial más comprimida, sistemas de negociación colectiva más centralizados y un salario mínimo relativamente más alto"[100].

---

cuando haya un sistema totalmente descentralizado en la negociación. La existencia de organizaciones sindicales y de gremios empresariales facilita la coordinación ente sindicatos y compañías, aunque las decisiones salariales estén descentralizadas" (ibídem, p. 263).

(95) AIDT/TZANNATOS, *Unions and Collective Bargaining. Economic Effects in a Global Environment*, cit.

(96) Ibídem, p. 12.

(97) Loc. cit.

(98) Mamphela Ramphele (Directora Gerente para el Desarrollo Humano, Banco Mundial), en el prólogo del libro: AIDT/TZANNATOS Zafiris, *Unions and Collective Bargaining. Economic Effects in a Global Environment*, cit., p. viii.

(99) Ibídem, p. 11.

(100) Banco Mundial Press Release Nº 2003/211/S.

c. Medios a utilizar

Desde nuestro punto de vista, interesan:

- El ineludible y estricto cumplimiento de los "convenios fundamentales" sobre libertad sindical y sindicación y negociación colectiva (N°s 87 y 98). Estos "convenios fundamentales" son la "piedra angular" de toda política para la promoción del sindicalismo (vide *supra* 3.). Pero desempeñan también un rol "instrumental": son los "instrumentos" para la ejecución misma de la política ya implantada.

  Daniel Martínez afirma: "La estrategia a seguir para lograr un crecimiento económico con una adecuada distribución de los beneficios que ello conlleva, consistirá, por tanto, en asegurar una adecuada y efectiva coordinación de las políticas sociales y económicas de los distintos países, que permitan mejorar y aumentar el empleo sobre la base de la justicia social, y ello solo es posible sobre la existencia de una serie de derechos mínimos. Estos derechos deben ser universales y de ahí el valor de los instrumentos de la OIT (ya sea la Declaración [de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento] o las normas internacionales fundamentales) y de derechos incluidos en los acuerdos de integración. Se trata así de derechos que evitan la competitividad destructiva, que nacen de la solidaridad y que permiten adaptarse en un contexto de equidad a las necesidades de cada país. Universalidad no implica que exista en todos los países el mismo nivel de descentralización de las relaciones laborales o de negociación colectiva, sino que el derecho a negociar sea garantizado sin trabas y que se desarrolle conforme a las necesidades de los actores sociales"[101].

- El *riguroso sometimiento a la Constitución Política* de todos los actores sociales –Estado, empleadores y trabajadores–. En esta línea, tiene el Estado las insoslayables tareas de: garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva, promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales y regular adecuadamente el derecho de huelga. Como ocurre con los "convenios fundamentales", la Constitución es también un "instrumento" para la realización de la política instaurada.

---

[101] MARTÍNEZ, Daniel, *El mundo del trabajo en la integración económica y la liberalización comercial. Una mirada desde los países americanos*, OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe-Centro Internacional de Formación de la OIT (Turín), Lima, 2004, pp. 132-133.

- El llamado *diálogo social*, que promueve la OIT y por cuya virtud pueden debatirse y aprobarse cualesquiera propuestas en materia social y laboral. En nuestro país, desempeñan al respecto un papel preponderante el "Acuerdo Nacional" y el "Consejo Nacional de Trabajo". Similar rol, entendemos, habrá de desempeñar el llamado "Pacto Social".

  Adviértase que los asuntos sociales y laborales son particularmente sensibles. Por eso mismo, la institución de políticas "no dialogadas" o "no concertadas" puede entrañar graves riesgos (entre otros, de enfrentamientos o pugnas y de incumplimientos).

- La *ley*, entendida esta en su más amplia acepción. En primer lugar, la ley puede ser el medio a seguir para el establecimiento de los acuerdos gracias al "diálogo social". En segundo lugar, bien elaboradas y debidamente dictadas, las normas pueden ser útiles para la puesta en práctica de la política sugerida.

- *La formación y la capacitación de los actores sociales*. En efecto, ¿no es conveniente acaso la debida preparación de las partes acerca del tema sobre el cual van a platicar? Así, por ejemplo, "una vez satisfecho el desarrollo de las organizaciones sindicales de grado superior o la sindicación sectorial o por rama de actividad y la toma de conciencia por ellas acerca de la naturaleza y funciones de cada cual y de sus respectivos roles en la sociedad, podría suprimirse el requisito del número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos. Tal vez, entonces, sin oposiciones ni riesgos"(102).

4. BENEFICIOS Y RIESGOS

Nos referimos a la *evaluación de los beneficios y riesgos de las acciones a seguir* –a los *efectos esperados* o a las *consecuencias* de la acción propuesta–. O si se quiere, a las *fortalezas* y *debilidades* de esta.

a. Fortalezas

La sindicación, la negociación colectiva y la huelga –los tres institutos inseparables del llamado Derecho colectivo del trabajo– son *derechos*

(102) SACO BARRIOS, Raúl, *¿Deben los sindicatos modificar sus funciones –y en qué sentido– en el marco de la globalización, las reformas laborales y los FLC?*, cit., p. 26.

fundamentales, indispensables en todo Estado de Derecho y promotores de la instauración y desenvolvimiento de una sociedad en democracia. Desde este punto de vista, *con la recomposición del movimiento sindical y el consecuente reforzamiento de los sindicatos debiera robustecerse la democracia en nuestro país*.

Además, *tendría lugar naturalmente un fortalecimiento de las funciones sindicales*: la representación de los intereses profesionales, las acciones de reivindicación y de participación y la negociación colectiva[103].

También *el diálogo social resultaría tonificado*. Esto, debido a la presencia activa y dinámica que tendrían las organizaciones sindicales.

Por otro lado, *es de esperar que la coordinación entre las organizaciones sindicales y empresariales acerca de la determinación de las remuneraciones y de las condiciones de trabajo influya resueltamente sobre el funcionamiento del mercado de trabajo y el rendimiento macroeconómico* (vide *supra* 3.b). Esto, por las ventajas (ya expuestas) de la negociación colectiva coordinada: por ejemplo, un menor y menos tenaz desempleo.

El fomento de relaciones laborales (relaciones colectivas) sanas tal vez permita, asimismo, acortar en algo la distancia entre empleadores y trabajadores, normalmente alejados entre sí –desde siempre por una mutua desconfianza–; y más ahora porque la tecnología ha impactado con dureza sobre las relaciones de trabajo (los contratos de trabajo duran menos que antes) y la administración de los recursos humanos.

Estas relaciones laborales "saludables" debieran propiciar, en consecuencia, *la productividad y la competitividad* de las empresas.

b. Debilidades

Es obvio que los sindicatos deben beneficiar a los trabajadores organizados. Sin embargo, ¿la recomposición del sindicalismo no perjudicaría a las empresas? Acerca de los *efectos de las organizaciones sindicales sobre las empresas*, se sostiene habitualmente que las compañías donde existen sindicatos o trabajadores sindicados son menos rentables, en especial cuando

(103) Para Rosanvallon, la "esencia profunda del fenómeno sindical" es lo que está en cuestión, las "tres funciones esenciales: representar a grupos, contribuir a la regulación social, organizar la solidaridad" (ROSANVALLON, Pierre, *La question syndicale. Histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann-Levy, París, 1988).

se trata de empresas que gozan de poder de mercado (esto, aun cuando los sindicatos parecen ser suficientemente mesurados para no llevarlas a la quiebra). "Según se ha comprobado en Estados Unidos y Reino Unido, la presencia de sindicatos en las compañías parece tener efectos negativos sobre la inversión. En cambio, no se ha encontrado un patrón uniforme sobre el efecto que produce la sindicalización en la productividad. Las diferencias son grandes entre unos sectores y otros, pero tienden a ser positivas cuando se trata de empresas que operan en mercados competitivos y en un ambiente de relaciones industriales poco conflictivas. Aunque el grueso de los estudios sobre los efectos de los sindicatos en el desempeño de las empresas se refiere a países desarrollados, las conclusiones parecen sostenerse también para los países latinoamericanos"(104).

Por otro lado, ¿cuáles son los efectos de los sindicatos sobre toda la economía? La acción sindical "puede tener efectos importantes para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, tales efectos dependen de circunstancias que difieren entre países, en particular, especialmente el grado de coordinación ente los sindicatos y/o entre las empresas en las negociaciones salariales(105). La coordinación de los procesos de negociación colectiva "puede evitar algunos de los efectos negativos que la acción sindical podría tener sobre la economía cuando los sindicatos o las empresas actúan en forma no coordinada. Pero la coordinación también acarrea sus propios riesgos, especialmente cuando se basa en procesos centralizados de negociación. Puede reducir la presión competitiva sobre las empresas, las que actuando mancomunadamente podrían subir los salarios sin una mejora correspondiente de la productividad, lo cual se traduciría en bajo crecimiento, inflación o desempleo. Este riesgo es significativo en economías poco integradas al resto del mundo. La coordinación centralizada también puede reducir los incentivos de colaboración entre las empresas y sus sindicatos para compartir información y mejorar la productividad, y elevar los riesgos de huelgas nacionales que pueden tener altos costos para la sociedad en su conjunto"(106).

---

(104) BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Se buscan buenos empleos. Los mercados laborales en América Latina*, cit., pp. 261-262. Aquí se afirma que "en el sector manufacturero de Perú, Saavedra y Torero [...] observan que la presencia de sindicatos reduce la rentabilidad de las compañías, efecto que aumenta con la densidad sindical" (Ibídem, p. 262).

(105) Loc. cit.

(106) Ibídem, p. 263.

Además, "los sindicatos pueden influir en la capacidad de ajuste de las economías y en su disposición a adoptar reformas, asunto de gran importancia para América Latina [...] los sindicatos parecen influir en la profundidad y eficacia de las reformas macroeconómicas y estructurales [...]. Los países con mayores tasas de sindicalización tienden a experimentar mayores recesiones antes de llegar a adoptar medidas de ajuste, y posteriormente se recuperan con más lentitud. Estos resultados sugieren que en la mayoría de los países los sindicatos contribuyen a dilatar y diluir las reformas"(107).

En resumen, "los sindicatos pueden aportar importantes beneficios a la sociedad, pero también acarrear costos sustanciales, según diversos factores institucionales, económicos y culturales"(108). "Es difícil prever los beneficios y los efectos secundarios porque son sensibles al marco jurídico que rige las relaciones industriales, al grado de coordinación entre los sindicatos, y a la coordinación entre estos, el Estado y las organizaciones empresariales"(109).

5. CONCLUSIÓN

Aunque sea difícil prever los beneficios y las desventajas de los sindicatos en un país determinado, nos inclinamos por la recomposición del movimiento sindical. No solo por la utilidad y las ventajas que tienen las organizaciones sindicales en sí mismas sino porque ante la duda, debe salvarse su proposición.

Satisfecho el objetivo de la *renovación del sindicalismo*, debiera propiciarse ineludiblemente el fortalecimiento de este sindicalismo renovado(110).

(107) Ibídem, pp. 263-264.

(108) Ibídem, p. 264.

(109) Ibídem, p. 263.

(110) BALBI SCARNEO, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú", cit., pp. 114-115.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA Y SEMIREGLADA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE CHILE

Emilio MORGADO VALENZUELA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Negociación colectiva no reglada. 3. negociación colectiva semireglada. 4. Normas comunes de la negociación colectiva no reglada y semireglada. 5. Los convenios colectivos de trabajo. 6. Potencialidad de la negociación colectiva no reglada y semireglada. 7. Algunas mediciones estadísticas.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1981 incorporó el derecho de negociación colectiva en el numeral 16 de su artículo 19°, que regula la libertad de trabajo y su protección. En el inciso quinto de ese numeral se dispone que "la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella".

El Código del Trabajo define a la negociación colectiva como el procedimiento mediante el cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado. En dicho Código se regulan tres subsistemas de negociación colectiva: el reglado, el no reglado y el semireglado.

Es reglada la negociación colectiva desarrollada con sujeción a las normas sustantivas y procesales establecidas en el Código del Trabajo. Solo en ella los trabajadores que negocian están protegidos por el fuero laboral y pueden ejercer el derecho de huelga en la forma y condiciones que señala la ley. El acuerdo resultante de la negociación colectiva reglada se denomina contrato colectivo, que el legislador define como la convención celebrada por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado.

La negociación colectiva reglada presenta dos modalidades según el nivel descentralizado o centralizado en que tiene lugar. En el nivel de la empresa el empleador tiene la obligación de negociar cuando es legalmente emplazado a ello por trabajadores asociados en sindicatos o coaligados para negociar. La negociación supraempresa solo puede tener lugar si los empleadores requeridos para negociar aceptan hacerlo en forma centralizada y concurren los demás requisitos establecidos en la legislación.

En la negociación de nivel empresarial existen algunas normas diferenciadas según intervengan una o más organizaciones sindicales, o grupos de trabajadores que se coaligan para negociar colectivamente. También en esas variables existen algunas peculiaridades respecto de la oportunidad para negociar si en el ámbito de la negociación se encuentran vigentes convenciones colectivas de trabajo (contratos colectivos o convenios colectivos o fallos arbitrales)[1].

(1) Desde las reformas de 1979 dichas convenciones y laudos son genéricamente denominadas "instrumentos colectivos".

2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA

La delimitación del concepto de negociación colectiva no reglada exige precisar lo que se debe entender por negociación colectiva reglada. Al respecto es posible sostener que dicha expresión se refiere a la negociación que tiene lugar con sujeción a toda la normativa sobre negociación colectiva establecida en el Libro IV Código del Trabajo, la que comprende lo atinente a normas generales (Título I); a la presentación y tramitación del proyecto de contrato colectivo (Título II, que en su Capítulo I regula la presentación hecha por sindicatos de empresa y grupos de trabajadores, y en su Capítulo II regula la presentación hecha por otras organizaciones sindicales); al contrato colectivo (Título III); a la mediación (Título IV); al arbitraje laboral (Títulos V y X); a la huelga y el cierre temporal de la empresa (Título VI); a las prácticas desleales en la negociación colectiva y su sanción (Título VIII); al procedimiento judicial en la negociación colectiva (Título IX); a la negociación colectiva de la gente de mar (Título VII), y a las normas especiales del Título XI.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 314° del Código del Trabajo, sin perjuicio "del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado". Esta definición es complementada por lo dispuesto en el artículo 314° bis C: "Las negociaciones de que tratan los artículos 314°, 314° bis, 314° bis A y 314° bis B no se sujetarán a las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada ni darán lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que para esta se señalan en este Código". Entre esos derechos y prerrogativas se encuentran la huelga y el fuero.

De lo expresado en los dos párrafos precedentes es posible afirmar que es negociación colectiva no reglada aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, al amparo de la expresión: "Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada". La voz "procedimiento" hace referencia a "las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada", establecidas en el ya mencionado Título II del Código, el que en los dos capítulos que lo integran establece los aspectos procesales de las negociaciones colectivas en el nivel de la empresa (a cargo de sindicatos de empresa o de grupos de trabajadores), y en el nivel supraempresarial (a cargo de organizaciones sindicales distintas al sindicato de empresa).

Por otra parte, la expresión "sin restricciones de ninguna naturaleza" puede ser interpretada como un reconocimiento de la libertad de las partes para que en uso de su autonomía colectiva determinen lo concerniente al ámbito temático de la negociación, su nivel y otras materias que no estén expresa o implícitamente excluidas del campo de actuación de la negociación colectiva no reglada.

La negociación colectiva no reglada puede tener lugar tanto en el nivel de la empresa como en el supraempresarial, ya que esa negociación puede ser iniciada por "uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales". Por otro lado, solo las organizaciones sindicales pueden negociar en forma no reglada, y los acuerdos resultantes deben constar por escrito en una convención denominada convenio colectivo, al que se aplican las normas establecidas para el contrato colectivo logrado en la negociación colectiva reglada.

3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEMIREGLADA

En la legislación de 1979 los grupos de trabajadores coaligados también podían negociar colectivamente en forma no reglada. Pero no siempre en el ejercicio de ese derecho estuvo claramente presente la voluntad colectiva de actuar coaligadamente. En la práctica solía existir una simple suma o agregación de negociaciones individuales que, aunque simultáneas y concurrentes, no revelaban la existencia de dicha voluntad colectiva. En ocasiones tal "negociación" consistía en la adhesión plural a una propuesta contractual del empleador o empleadores.

La reforma de 2001 reservó a las organizaciones sindicales el derecho a negociar en forma no reglada, excluyendo del mismo a los grupos de trabajadores. A la vez en esa reforma legal se estableció un subsistema de negociación colectiva semireglada que cuenta con dos modalidades: la negociación de grupos de trabajadores y la negociación de sindicatos que agrupen a trabajadores agrícolas de temporada.

3.1. Negociación colectiva semireglada de grupos de trabajadores

En el artículo 314º bis se dispone que tratándose de grupos de trabajadores que se unan para negociar, se deberá observar las siguientes normas mínimas de procedimiento: a) deberá tratarse de grupos de ocho o más trabajadores; b) los trabajadores serán representados por una comi-

sión negociadora de no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo; c) el empleador estará obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de quince días. Si no lo hiciere, se aplicará una multa, y d) la aprobación de la propuesta final del empleador deberá ser prestada por los trabajadores involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo.

Habida cuenta de las críticas de falta de idoneidad de la negociación no reglada a cargo de grupos de trabajadores, en forma tajante el legislador estableció que si "se suscribiere un instrumento sin sujeción a estas normas mínimas de procedimiento, este tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo y no producirá el efecto de un convenio colectivo".

Por otra parte, en la legislación se establece que si en una empresa se ha suscrito un convenio colectivo, ello no obstará para que los restantes trabajadores puedan presentar proyectos de contrato colectivo de conformidad con las normas sobre negociación colectiva reglada en el nivel de la empresa.

3.2. Negociación colectiva semireglada a cargo de sindicatos que agrupen a trabajadores agrícolas de temporada

Con la reforma de 2001 se procuró fomentar la negociación colectiva de trabajadores agrícolas de temporada[2]. Para ese efecto se estableció que el sindicato que "agrupe a trabajadores agrícolas de temporada, tendrá la facultad de presentar a él o a los respectivos empleadores, un proyecto de convenio colectivo al que deberán dar respuesta dentro del plazo de quince días" desde su recepción.

Si esa respuesta no se verifica dentro de ese plazo, la Inspección del Trabajo –a solicitud del sindicato– podrá apercibirlo dentro de los cinco días

[2] El Código del Trabajo establece normas diferencias para los trabajadores agrícolas en general y otras aplicables solo a los trabajadores agrícolas de temporada, entendiéndose por tales a los que "desempeñen faenas transitorias o de temporada en actividades de cultivo de la tierra, comerciales e industriales derivadas de la agricultura y en aserraderos y plantas de explotación de madera y otras afines". Tales normas especiales se refieren a formalidades del contrato de trabajo; depósito de lo adeudado a trabajadores cuya relación de trabajo ha terminado; a beneficios de costo del empleador en materia de alojamiento, alimentación y transporte, y de salas cuna.

siguientes a la fecha de esa solicitud, a fin de que la respuesta sea entregada, bajo apercibimiento de multa. Sobre el particular cabe advertir que en la negociación colectiva reglada, el empleador que no da respuesta oportuna al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores es sancionado con una multa aplicada administrativamente por la inspección del trabajo respectiva. Además, llegado el vigésimo quinto día de presentado el proyecto sin que el empleador le haya dado respuesta, se entenderá que lo acepta, salvo que las partes hayan acordado prorrogar tal plazo.

El proyecto de convenio puede contener: a) normas comunes de trabajo y de remuneraciones, incluyendo especialmente las referentes a prevención de riesgos, higiene y seguridad; distribución de la jornada de trabajo, y normas sobre alimentación, traslado, habitación y salas cuna; b) normas sobre remuneraciones mínimas para los afiliados al sindicato; c) normas sobre formas y modalidades para dar cumplimiento a las condiciones de trabajo y empleo convenidas; y d) normas sobre la contratación futura de un número o porcentaje de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva.

Las estipulaciones del convenio colectivo resultante se tendrán como parte integrante de los contratos individuales de trabajo que se celebren durante su vigencia con afiliados al sindicato; y tendrán el plazo de duración que fijen las partes, el que no podrá ser inferior al de la respectiva temporada.

La negociación directa debe finalizar con una antelación no inferior a 30 días al de inicio de las labores agrícolas de temporada.

4. NORMAS COMUNES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA Y SEMIREGLADA

Entre las normas comunes de la negociación colectiva no reglada y semireglada destacan las concernientes a su no sujeción a las normas que gobiernan a la negociación reglada, y a la no inaplicabilidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de la negociación reglada, especialmente en materia de fuero y de huelga. Asimismo, destacan las atinentes a los ámbitos personal y temporal de las convenciones colectivas y laudos, así como a sus efectos, interpretación y aplicación.

Respecto a la inaplicabilidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de la negociación colectiva regulada cabe advertir que no se extiende a la vigencia de las normas sobre prácticas desleales.

4.1 Fuero laboral

En la negociación colectiva no reglada y semireglada los trabajadores involucrados en ellas no están protegidos por las normas sobre fuero, lo que no contribuye a estimular esas formas negociales.

Tratándose de la negociación colectiva reglada los trabajadores involucrados gozan del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción del contrato, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado. El fuero se extiende por treinta días adicionales desde la terminación del procedimiento negocial tratándose de los integrantes de la comisión negociadora que no estén acogidos al fuero sindical. Sin embargo, no se requerirá solicitar el desafuero de aquellos trabajadores sujetos a plazo fijo cuando dicho plazo expirare dentro del periodo cubierto por el fuero[3].

De conformidad con el artículo 174° del Código del Trabajo, en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, "el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159° y en las del artículo 160°". En el artículo 159° se dispone que el contrato de trabajo terminará por vencimiento del plazo convenido en el contrato (causal número 4), y por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato (causal número 5). Tratándose del fuero laboral en la negociación colectiva, si se invoca la causal número 4 no se requiere la autorización previa del juez competente. En el artículo 160° se establecen las causales que dan origen al despido disciplinario, disponiendo que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

a. Algunas de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas que a continuación se señalan: i) falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; ii) conductas de acoso sexual; iii) vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del

[3] El fuero es una modalidad protectora especial establecida a favor de trabajadores, atendiendo a motivaciones referidas a su condición personal (por ejemplo, la mujer trabajadora desde la concepción de un vástago hasta doce meses después de terminada su licencia posnatal) o a la protección del ejercicio de derechos colectivos de trabajo, como los de asociación sindical, negociación colectiva y huelga.

empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; iv) injurias proferidas por el trabajador al empleador; y v) conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

b. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

c. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante 2 días seguidos, dos lunes en el mes o un total de 3 días durante igual periodo de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

d. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal: i) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente; y ii) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

e. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos.

f. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

g. El incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

4.2. Huelga

La legislación chilena solo reconoce el derecho de huelga en la negociación colectiva reglada. En el *Anexo 1* se resume la normativa que regula a la huelga en Chile.

La exclusión de ese derecho tratándose de la negociación colectiva no reglada y semireglada limita recurrir a ellas por cuanto el poder de negociación de los trabajadores involucrados es menor que el existente en la negociación reglada.

4.3. Prácticas desleales

La inaplicabilidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de la negociación colectiva reglada no comprende lo referido a la prohibición y sanción de las prácticas desleales por cuanto las normas que regulan tal protección se refieren al idóneo ejercicio del derecho fundamental de negociación colectiva, cualquiera que sea el procedimiento legal aplicable a esa negociación.

La legislación chilena define a las prácticas desleales como las acciones que entorpecen la negociación colectiva o sus procedimientos. Incurre especialmente en esta infracción el empleador que: a) se niega a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones fijados en la ley, o ejerce presiones para obtener el reemplazo de los mismos; b) se niega a suministrar la información necesaria para justificar sus argumentaciones; c) ejecuta durante el proceso de negociación acciones que revelen una manifiesta mala fe que impide el normal desarrollo de la misma; d) ejerce fuerza física en las cosas, o fuerza física o moral en las personas durante la negociación colectiva, o e) hace uso indebido o abusivo de su facultad para determinar los periodos en los que –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317º del Código del Trabajo– no se puede negociar colectivamente, o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva.

A la vez son prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales o de estos y del empleador, en su caso, las acciones que entorpecen la negociación colectiva y sus procedimientos. Especialmente incurren en esta infracción: a) los que durante la negociación colectiva ejecutan acciones que revelan una manifiesta mala fe que impide el normal desarrollo de la misma; (b) los que ejercen fuerza física en las cosas, o fuerza física o moral en las personas durante dicho procedimiento; (c) los que acuerdan con el empleador la ejecución por parte de este de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos en las modalidades ya señaladas, así como los que presionan física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos; y (d) los miembros de la comisión negociadora que divulgan a terceros ajenos a esta, documentos o información recibidos del empleador, que tengan el carácter de confidencial o reservado.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal –en los casos que esas conductas configuren faltas, simples delitos o crímenes– las infracciones ya expresadas se sancionan con multas que fluctúan entre 10 y 150 Unidades Tributarias Mensuales (la Unidad Tributaria Mensual –UTM– es un factor de referencia equivalente a aproximadamente US$ 60). En caso de reincidencia la multa aplicable fluctúa entre 100 y 150 UTM .

5. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Convenio colectivo de trabajo es la convención resultante de la negociación colectiva no reglada o semireglada. Tiene como objeto establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado.

De conformidad con lo establecido en los artículos 314° bis C, 350° y 351° del Código del Trabajo, los convenios colectivos "tendrán los mismos efectos que los contratos colectivos", con las excepciones que señala la ley. Esos contratos –o laudos, en su caso– son las convenciones derivadas de la negociación colectiva reglada. Según se establece en el artículo 350°, las normas que regulan al contrato colectivo (Título III del Código del Trabajo) son aplicables "a los convenios colectivos celebrados de conformidad al artículo 314°" (negociación colectiva no reglada).

Sobre el particular corresponde destacar lo concernido a los ámbitos personal y temporal de las convenciones colectivas y laudos, así como sus efectos, interpretación y aplicación.

5.1. Ámbito personal

En su dimensión personal solo son titulares de los derechos y obligaciones establecidas en los contratos y convenios colectivos y en los laudos, los trabajadores y empleadores que han sido parte de la correspondiente negociación colectiva, con las siguientes excepciones:

a. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 346° del Código de Trabajo el empleador puede extender esos beneficios estipulados "en el instrumento colectivo respectivo" a trabajadores que no fueron parte de la negociación ni se adhirieron a ella, pero que ocupan o desempeñan similares cargos o funciones a las de los trabajadores comprendidos en la convención o laudo. En tal caso esos trabajadores deben

aportar al sindicato que obtuvo los beneficios el 75% de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato y de los pactos modificatorios del mismo, a contar de la fecha en que este se les aplique. Si los beneficios fueron obtenidos por más de un sindicato, a esos trabajadores corresponde decidir a cual se debe entregar sus aportes. Para el descuento y entrega de esos aportes se aplican las mismas normas que rigen respecto a las cuotas sindicales ordinarias. Estas normas también se aplican a los trabajadores contratados con posterioridad a la fecha de la convención o laudo a los que el empleador extienda los mencionados beneficios. Por otra parte, el trabajador que se desafilie de la organización sindical estará obligado a cotizar a favor de ella el 75% de la cotización mensual ordinaria durante toda la vigencia del contrato colectivo y de los pactos modificatorios del mismo.

Sobre el particular consideramos que esta modalidad de extensión del ámbito de aplicación personal de los contratos, convenios y laudos no es aplicable a los convenios colectivos de trabajo emanados de negociaciones semiregladas con grupos de trabajadores. Tal opinión se fundamenta en dos consideraciones principales: a) en el artículo 346° los bienes jurídicos protegidos son los derechos fundamentales de libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. En efecto, en ese artículo no se permite la extensión de las cláusulas convencionales o arbitrales a cualquier trabajador, y al establecer un costo a dicha extensión se ha querido favorecer y no lesionar ni desestimular la afiliación sindical o el recurso a la negociación colectiva, y b) la reforma de 2001 puso en evidencia que la negociación colectiva con grupos de trabajadores no siempre garantiza la idoneidad e independencia del proceso negocial. En consecuencia la negociación colectiva no reglada es permitida solo a las organizaciones sindicales, creándose la modalidad de negociación colectiva semireglada para los grupos de trabajadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 314° bis.

Por lo tanto la extensión del ámbito personal de aplicación solo puede tener lugar respecto de los laudos, de los contratos colectivos derivados de la negociación reglada, de los convenios colectivos resultantes de la negociación no reglada (artículo 314°) y de la negociación semireglada con sindicatos que agrupen trabajadores agrícolas de temporada (artículo 314° bis A). Admitir lo contrario podría conducir a

incentivar prácticas antisindicales, así como, a no fomentar la negociación colectiva en los términos establecidos en las normas internacionales de la OIT y en los principios de sus órganos de control de la aplicación de dichas normas.

b. En aplicación de la preeminencia del principio de autonomía colectiva de las partes en la negociación no reglada o semireglada, las partes podrían regular –como estimen apropiado– lo correspondiente al ámbito personal de aplicación del convenio

5.2. Ámbito temporal

Con relación al ámbito temporal de los contratos colectivos y laudos, la legislación chilena dispone que estos deben incluir una cláusula que determine su plazo o periodo de vigencia. Tal plazo no puede ser inferior a dos años. Antes de la reforma de 2001 no se establecía su duración máxima, la que fue fijada en no más de cuatro años.

La vigencia de los contratos colectivos se cuenta a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o laudo anterior. Si estos no existen la vigencia se cuenta a partir del día siguiente al de su suscripción. Tratándose de contratos colectivos suscritos en negociaciones colectivas que comprendan a más de una empresa, si no existe un contrato colectivo anterior, la vigencia de todos ellos comienza a partir del día siguiente al sexagésimo de la presentación del respectivo proyecto. Si el contrato o el fallo arbitral son posteriores a una huelga, estos tienen vigencia a contar de la fecha de su suscripción o de la constitución del compromiso, sin perjuicio de que su duración se cuenta a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento de ellos o del cuadragésimo quinto o sexagésimo día contado desde la presentación del proyecto, según corresponda.

Las normas citadas en los dos párrafos anteriores no se aplican a los convenios colectivos en los que "se deje expresa constancia de su carácter parcial" o así aparezca de manifiesto en ellos.

No obstante el carácter temporal de lo convenido o sentenciado arbitralmente, en el Código del Trabajo se establece que extinguido el contrato colectivo sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, salvo las que se refieren a la reajustabilidad de las remuneraciones y demás beneficios pactados en di-

nero, y a los derechos y obligaciones que solo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente. Tal ultraactividad solo es aplicable a los convenios colectivos de empresa.

Junto a esta manifestación de ultraactividad existe la extensión de la vigencia de la convención o sentencia más allá de su plazo de vigencia si las partes así lo acuerdan para continuar las negociaciones, cuando ellas no han logrado un acuerdo y ha vencido su fecha de término.

Por otra parte se debe tener presente que en nuestro Código del Trabajo se establece que los convenios colectivos que comprendan a más de una empresa podrán regir conjuntamente con contratos colectivos, convenios colectivos y laudos que tengan vigencia en una empresa, en cuanto ello no implique disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan a los trabajadores por aplicación de dichos contratos, convenios y laudos.

5.3. Efectos, interpretación y aplicación

En nuestro ordenamiento jurídico las convenciones colectivas y laudos producen efectos normativos y obligacionales. Los efectos normativos o de imperatividad dan forma a su eficacia normativa generadora de normas que crean derechos subjetivos para las partes respecto a las condiciones de trabajo convenidas o declaradas, en su caso.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 348° del Código del Trabajo, las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de esos contratos, y a quienes se les extiendan sus beneficios de conformidad con el artículo 346° del Código del Trabajo. El mismo efecto producen las estipulaciones de los convenios colectivos y laudos.

Los efectos obligacionales establecen derechos y obligaciones entre los contratantes. Su eficacia resulta determinada por el nivel en que exista un apropiado equilibrio de poderes negociales de las partes.

Nuestro Código asigna mérito ejecutivo al documento original que contiene el contrato colectivo, así como a las copias de este debidamente autorizadas por la Inspección del Trabajo. Sin perjuicio de ello, sanciona el incumplimiento de las estipulaciones contenidas en contratos colectivos,

convenios colectivos y laudos con multa a beneficio fiscal de hasta 10 Unidades de Fomento (la Unidad de Fomento –UF– es un factor de referencia equivalente a unos US$ 34).

A su vez, la interpretación y aplicación de las convenciones colectiva y laudos corresponde a las partes. Los tribunales y la administración pública de trabajo, en el marco de sus ámbitos de competencia, pueden intervenir en la solución de las correspondientes controversias.

Compete a los tribunales del trabajo el conocimiento de "las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral". Son igualmente competentes para conocer: a) los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos que tengan mérito ejecutivo, b) las cuestiones derivadas de la aplicación de normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley les entregue, y c) las reclamaciones contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materia laboral. A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en su Ley Orgánica de 1967, la Dirección del Trabajo está facultada, en general, para fiscalizar la aplicación de la legislación laboral; fijar –de oficio o a petición de parte– por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo, y realizar toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo. El Código del Trabajo, a la vez, reconoce a la Dirección del Trabajo la facultad de fiscalizar el cumplimiento de los contratos colectivos, convenios colectivos y fallos arbitrales, así como la de denunciar ante los tribunales las infracciones constatadas.

Aunque en la legislación solo se establece que en el contrato colectivo las partes pueden acordar la designación de un árbitro encargado de interpretar sus cláusulas y resolver las controversias que se originen, opinamos que nada impide que las partes puedan convenir el establecimiento de uno o más mecanismos adicionales o substitutivos para resolver esos conflictos de interpretación y aplicación.

6. POTENCIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA Y SEMIREGLADA

Si se acepta que la negociación colectiva es un medio idóneo para asegurar la existencia de un sistema democrático de relaciones de trabajo, se debe fomentarla de forma tal que permita a los empleadores y a los

trabajadores o sus organizaciones, participar eficazmente en la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, o en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores o entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Para ello, en el Convenio Nº 154 de la OIT, sobre fomento de la negociación colectiva (1981), se dispone que las medidas que se adopten para fomentarla deberán tener por objeto que: a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de las ramas de actividad a que se aplique el Convenio, b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias recién evocadas, c) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas, y d) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

La legislación chilena sobre la negociación colectiva reglada se aparta bastante de esas normas internacionales. Es así como –por motivos legales o fácticos– se excluye del ejercicio del derecho de negociar colectivamente a determinados sectores o ramas de actividad o profesionales, como es el caso de los efectos derivados de la aplicación extensiva del concepto de empleado público. A la vez, del ámbito temático de la negociación colectiva se excluye, por ejemplo, lo referente a "materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa". Tal exclusión olvida que la negociación colectiva, desde sus orígenes, es una modalidad de participación en las decisiones en la empresa. También olvida que la implantación y ampliación de modalidades flexibilizadoras de adaptación a los cambios de la organización productiva y del trabajo se facilita en la medida en que se recurra a una negociación colectiva inclusiva –y no excluyente– en sus ámbitos espaciales, temporales, personales y temáticos.

Por otra parte la normativa legal es excesivamente abundante, reglamentarista y limitadora de la autonomía colectiva de las partes, tanto en lo concerniente a la tramitación de la negociación colectiva como en lo atinente a la solución de conflictos.

Uno de los medios para superar la situación descrita podría ser el mayor recurso a la negociación colectiva no reglada o semirreglada a cargo de organizaciones sindicales. Tal vía también sería apropiada para enci-

mar ciertos obstáculos derivados de la radicación de la negociación colectiva reglada preferente y casi exclusivamente en el nivel de la empresa. Sobre el particular es apropiado señalar que la opción de la legislación chilena, por la negociación colectiva descentralizada, obedece principalmente a causas y motivaciones históricas, económicas, de gestión estratégica empresarial, y en argumentos político-estratégicos sobre la conflictividad laboral.

Dicha radicación produce efectos limitantes derivados de la posibilidad de la existencia de dos o más empresas estrechamente relacionadas, en un marco legal en el que no se ha legislado acerca de la determinación de la unidad de negociación en presencia de grupos o "*holdings*" empresariales. Sobre el particular en el Código del Trabajo se establece que para los efectos previstos de la legislación laboral y de seguridad social "se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada". Esa individualidad legal determinada suele conducir a la existencia de diferentes empleadores de trabajadores que laboran en una misma unidad económica o en un grupo de empresas relacionadas, lo que impide, limita o desequilibra el ejercicio eficiente del derecho de negociación colectiva.

A lo anterior se suman ciertos efectos resultantes de procedimientos legales de triangulación como los del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios. En el primer caso, como se establece en la reforma vigente de enero de 2007, el trabajo es realizado –en virtud de un contrato de trabajo– por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista que en razón de un acuerdo contractual se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas, todo ello en la forma regulada en el Título VII del Código del Trabajo. En el segundo caso opera el llamado contrato de servicios transitorios establecido en la reforma de enero de 2007. Ese contrato es definido como "una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquel a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y esta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido". Junto a este contrato de trabajo existe otro no laboral entre la empresa usuaria y la empresa de servicios transitorios, empleadora del trabajador puesto a disposición de

la usuaria. Por lo tanto, en esta triangulación intervienen: a) la empresa de servicios transitorios ("toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas última, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos"), b) la usuaria ("toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ" del Código del Trabajo), y c) el trabajador de servicios transitorios ("todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con un empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más empresas usuarias de aquella", de conformidad con lo establecido en el Código de Trabajo).

De estas triangulaciones y del concepto de empresa ya evocado nacen efectos excluyentes, limitativos o desequilibradores del ejercicio del derecho de negociación colectiva.

Esos efectos no logran ser paliados por la eventual negociación supraempresa, esto es, aquella en la que dos o más empleadores o una o más organizaciones de empleadores negocian colectivamente con dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa, o una federación o confederación sindical. La negociación en ese nivel está sujeta a exigencias legales y a procedimientos de difícil cumplimiento, como los resumidos en el *Anexo 2*.

Los efectos mencionados generan preocupaciones y reclamaciones mayores cuando esas triangulaciones conducen a que los niveles de remuneraciones de los trabajadores que participan en sus modalidades de triangulación son inferiores a las de los trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor en la empresa principal o en la empresa usuaria. Además de los aspectos de inequidad que pueden estar presente en esa situación, tal remuneración diferenciada a la baja puede afectar negativamente el poder de negociación de los trabajadores de la empresa principal o usuaria, ya que al existir menores niveles salariales para los trabajadores en situación de triangulación, se incentivaría el recurso a esas formas contractuales. De esa forma se reduciría el llamado "núcleo duro" de trabajadores de las empresas y crecería el de los "periféricos". En uno y otro caso, habida cuenta de las características de la legislación laboral

chilena, resultarían afectados los derechos de sindicación y de negociación colectiva, ambos señalados como fundamentales en la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y su seguimiento (1998), y en los principios y programas de Trabajo Decente de la OIT.

De lo expuesto se puede concluir que en todos los sistemas y modalidades de negociación colectiva, establecidas en nuestro Código de Trabajo, existe un problema común que tensiona las relaciones de trabajo: la radicación casi exclusiva de la negociación colectiva en la empresa, definida esta en los términos establecidos en el artículo 3º del Código del Trabajo.

Al respecto, cabe advertir que, no obstante, la muy proclamada predilección por un sistema de relaciones de trabajo fundado en la autonomía colectiva, en los hechos, se favorece el protagonismo que históricamente ha tenido la heteronomía en esas relaciones. Esta contradicción pone de manifiesto la gran paradoja de postular el alejamiento del Estado del campo de decisiones en materia de trabajo y, a la vez, evidenciar renuencia u oposición al fortalecimiento real de la negociación colectiva, para lo cual es absolutamente necesario remover los obstáculos que ahora la limitan en su nivel de actuación, reducen su contenido temático o restringen el acceso a ella, desconociendo así la naturaleza esencial de la negociación colectiva en cuanto medio para la autocomposición de intereses.

Sostenemos que la centralización y la descentralización no son necesariamente excluyentes sino que son complementarias. Ambas pueden coexistir aunque una sea predominante. Por otra parte se debe tener presente que el análisis de lo concerniente al nivel de la negociación no puede ser aislado del referido a los demás componentes de ella: las funciones que cumple, las materias que comprende, los sujetos que participan y la duración y campo de aplicación de las convenciones o laudos resultantes. También ese análisis debe relacionarse con la naturaleza y objetivos del sistema de relaciones de trabajo del que la negociación colectiva forma parte. Si ese sistema favorece el protagonismo de relaciones participativas y de diálogos que procuren aumentar los consensos y disminuir los disensos, tales objetivos deben ser asegurados en todos lo niveles.

7. ALGUNAS MEDICIONES ESTADÍSTICAS

Según datos de la Dirección del Trabajo, referidos a los trabajadores asalariados del sector privado (excluido el personal de servicio), corres-

pondientes a los años 2000 al 2005, en cada año ha sido mayor el porcentaje de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva que el de los trabajadores involucrados en ella. También se observa que en ese periodo existe una tendencia decreciente entre los años 2000 y 2003, y una leve recuperación en el lapso 2004-2005. Así, el porcentaje de trabajadores involucrados fue 6,3% (2000), 5,4% (2001). 5,9% (2002), 4,4 % (2003), 5,2% (2004), y 5,4% (2005). En esos años el porcentaje de trabajadores cubiertos fue 11,9%, 11,7%, 11,2%, 10%, 9,6%, y 10,43%.

Ahora bien, datos preliminares del año 2006 señalan la existencia de 5,4% de trabajadores involucrados y 10,3% de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva.

Por otro lado, el total de contratos y convenios colectivos suscritos en esos años fue de 2.097, 2.285, 1.880, 1.930, 1.838 y 2.208. Del total de trabajadores involucrados en negociaciones colectivas en esos años, el porcentaje de trabajadores sindicados en cada año fue de 67,7 en el 2000; 65,3 en el 2001; 82,6 en el 2002; 84,6 en el 2003; 83,9 en el 2004; y 77,3 en el 2005.

En el 2006 se suscribieron 1.567 contratos colectivos y 551 convenios colectivos. Del total de contratos y convenios, el 73,9% fueron negociados por sindicatos de empresa y 21,7% por grupos negociadores. Uno de cada dos convenios colectivos fue negociado por grupos de trabajadores.

ANEXOS

ANEXO 1. Normativa chilena sobre la huelga

La huelga es objeto de una detallada regulación en Chile en lo atinente a los trabajadores que participan, los requisitos para declararla y hacerla efectiva, su desarrollo, efectos y terminación. También la legislación regula lo concerniente al *lock-out*.

El derecho de huelga solo es reconocido en el marco de la negociación colectiva reglada. Quedan excluidos del mismo los trabajadores a los que no se reconoce el derecho de negociar colectivamente. También se excluye a los trabajadores de las empresas que atienden servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Se entiende que afecta al abastecimiento de la población la huelga en una empresa que comprenda parte significativa de la actividad respectiva en el país o cuya paralización implique, para un sector de la población, la imposibilidad total de recibir un servicio. En el mes de julio de cada año se califica a las empresas que se encuentran en las situaciones recién mencionadas, mediante resolución conjunta de los Ministerios de Trabajo y Previsión Social; de Economía, Fomento y Reconstrucción; y, de Defensa Nacional.

a. Oportunidad y procedimientos para declarar y hacer efectiva la huelga. Si la negociación reglada no está sujeta a arbitraje obligatorio ni las partes han convenido someterla a arbitraje voluntario, los trabajadores deben resolver si aceptan la última oferta del empleador o declaran la huelga. Se entiende por última oferta u oferta vigente del empleador, la última en la que conste por escrito haber sido recibida por la comisión negociadora y cuya copia se encuentra en poder de la Inspección del Trabajo. El día de la votación debe estar comprendido entre los últimos cinco días de vigencia del contrato colectivo o fallo anterior o, de no existir estos, dentro de los cinco últimos días de un total de cuarenta y cinco desde la presentación del proyecto –o sesenta, si la negociación comprende a más de una empresa–. La comisión debe convocar a la votación a lo menos con cinco días de anticipación a esa fecha. Si la votación no se efectúa en tal oportunidad, se entiende que los trabajadores aceptan la última proposición del empleador, a menos que ejerzan la facultad de exigir al empleador la suscripción de un nuevo contrato colectivo con las mismas estipulaciones contenidas en el contrato anterior, exceptuadas las que establecen la reajustabilidad de las remuneraciones o de otros beneficios pactados en dinero. En ese caso, el empleador no puede negarse a tal exigencia y el contrato debe celebrarse por el plazo de dieciocho meses. Si la votación no se efectúa por causas ajenas a los trabajadores, estos tienen un plazo de cinco días para proceder a ella.

En las negociaciones colectivas que abarquen a más de una empresa, la votación y el acuerdo resultante solo comprende a los trabajadores involucrados en la negociación en cada una de esas empresas. La votación debe efectuarse en forma personal, secreta y en presencia de un Ministro de Fe. Participan en ella todos los trabajadores de la empresa involucrados en la negociación. Los votos deben ser impresos y emitirse con la expresión "última oferta del empleador" o con la expresión "huelga", según sea la decisión del trabajador. El día de la votación no se puede realizar asamblea en la empresa correspondiente. Para los efectos de la votación, el emplea-

dor debe informar su última oferta a todos los trabajadores interesados, acompañando copia de ella a la Inspección del Trabajo; con, a lo menos, dos días de anticipación al plazo de cinco días dentro del cual debe efectuarse la votación. Con tal propósito, debe entregar un ejemplar a cada trabajador o exhibir su proposición en lugares visibles de la empresa. Los gastos correspondientes son de cargo del empleador.

La huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación. Si no se alcanza ese quórum se entiende que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador, a menos que estos –dentro del plazo de tres días contados desde el día en que se efectuó la votación– ejerzan la facultad de exigir al empleador la suscripción de un nuevo contrato con iguales estipulaciones a las contenidas en el vigente al presentarse el proyecto, en las condiciones expresadas anteriormente. Además, debe hacerse efectiva al iniciarse la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación. Las partes pueden prorrogar este plazo por otros diez días. Si no se hace efectiva en la oportunidad indicada, se entiende que los trabajadores desisten de ella y que aceptan la última oferta del empleador, sin perjuicio de que estos –dentro del plazo de cinco días desde la fecha en que debió hacerse efectiva la huelga– ejerzan facultad de exigir al empleador la suscripción de un nuevo contrato colectivo, en la forma ya mencionada. El nuevo contrato se entiende suscrito en la fecha en que la comisión negociadora comunicó, por escrito, su decisión al empleador. Su plazo de duración es de dieciocho meses. Igualmente se entiende que no se ha hecho efectiva la huelga si más de la mitad de los trabajadores de la empresa involucrados en la negociación, continúan laborando en ella. En las empresas en que el trabajo se realiza mediante el sistema de turnos, el quórum necesario para hacer efectiva la huelga se calcula sobre la totalidad de los trabajadores involucrados en la negociación y cuyos turnos se inician al tercer día siguiente al de la aprobación de la huelga.

b. Desarrollo de la huelga. Una vez declarada la huelga o durante su transcurso, la comisión negociadora puede convocar a otra votación para pronunciarse acerca de la posibilidad de someter el asunto a mediación o arbitraje o respecto a un nuevo ofrecimiento del empleador o –a falta de este– de su última oferta. El nuevo ofrecimiento debe formularse por escrito e informado a los trabajadores antes de la votación. Si los trabajadores lo rechazan, no tiene valor alguno. La convocatoria también puede ser efectuada por el 10% de los trabajadores involucrados en la negociación. En uno y otro caso, los acuerdos deben adoptarse por mayoría

absoluta. No es necesaria la presencia de un Ministro de Fe si el número de trabajadores involucrados es inferior a 250.

Por otra parte, en cualquier momento, el 20% –a lo menos– de los trabajadores involucrados en la negociación pueden convocar a votación para pronunciarse sobre la censura a la comisión negociadora. Si la censura es aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación, se debe elegir una nueva comisión, en el mismo acto. La votación debe ser secreta, anunciada con una anticipación mínima de 24 horas y efectuada ante un Ministro de Fe, a menos que los trabajadores involucrados sean menos de 250. Desde que se plantea y notifica a la Inspección del Trabajo y al empleador, la comisión negociadora no puede suscribir un contrato colectivo ni acordar el arbitraje, a menos que la censura sea rechazada.

c. El *lock-out* o cierre patronal. Declarada y hecha efectiva la huelga, el empleador puede declarar el *lock-out* o cierre temporal de la empresa, para impedir temporalmente a todos los trabajadores el acceso a la empresa o predio, o al establecimiento. Solo puede ser declarado si la huelga afecta a más del 50% del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento, o si ella significa la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera sea el porcentaje de trabajadores en huelga. Corresponde a la Inspección del Trabajo resolver acerca de la calificación de esas circunstancias, debiendo pronunciarse dentro del tercer día de efectuada la reclamación. Tal resolución es reclamable judicialmente.

El *lock-out* puede ser total o parcial. Es total si afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio. Es parcial si afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa. Para declarar el *lock-out* parcial es necesario que en el establecimiento haya trabajadores involucrados en la negociación que lo origina. Los establecimientos no comprendidos en el *lock-out* pueden seguir funcionando. Tanto el total como el parcial no afectan a los trabajadores excluidos del derecho a negociar colectivamente.

d. Efectos de la huelga y del *lock-out*. Durante la huelga y el *lock-out* se entiende suspendido el contrato de trabajo, por lo que los trabajadores no están obligados prestar sus servicios ni el empleador a pagar remuneraciones, beneficios o regalías derivadas del contrato. Los trabajadores pueden efectuar trabajos temporales fuera de la empresa sin que ello ponga término al contrato de trabajo. Además, durante la huelga, los trabajadores pueden efectuar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social; en caso de *lock-out* el empleador debe efectuarlas respecto de los trabajadores no involucrados en la huelga pero afectados por ella.

La obligación de trabajar no cesa del todo si la huelga se produce en una empresa o predio, o en un establecimiento, cuya paralización provoca un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que presta servicios esenciales. En tal caso, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar el daño. Para tal efecto, la comisión organizadora –dentro de las 24 horas siguientes al requerimiento escrito formulado por el empleador– debe informarle acerca de los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia. Si no lo hace, el empleador puede reclamar a la Inspección del Trabajo para que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores a proporcionar ese equipo. Igual procedimiento es aplicable cuando los trabajadores se niegan expresamente a proporcionarlo o cuando hay discrepancias en cuanto a la composición del equipo de emergencia. La reclamación debe ser interpuesta por el empleador dentro del plazo de cinco días desde que se produjo la negativa o la discrepancia, y debe ser resuelta dentro de las 48 horas siguientes a su presentación. De la resolución de la Inspección del Trabajo puede reclamarse ante la justicia del trabajo dentro de los cinco días siguientes al de la resolución o de la expiración del plazo para resolverla.

Por otra parte, la cesación de las actividades de la empresa por causa de huelga es relativizada mediante el derecho reconocido al empleador para contratar los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los que están involucrados en la huelga, a partir del primer día de hacerse efectiva esta, siempre que su última oferta –formulada en la forma y con la anticipación recordada anteriormente– contemple, a lo menos: a) idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato colectivo, convenio o fallo arbitral vigente reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, habido en el periodo comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de la vigencia del respectivo instrumento, b) una reajustabilidad mínima anual por lo menos igual a la variación de ese índice de precios, para el periodo del contrato, excluidos los últimos 12 meses, y c) un bono de reemplazo equivalente a cuatro Unidades de Fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que esta haya finalizado. Cabe advertir que las normas sobre contratación de reemplazantes ha sido objeto de variadas restricciones desde 1991; las más recientes datan de 2001.

Si el empleador formula la oferta con las características expresadas pero con posterioridad a la fecha fijada en la legislación, el empleador puede contratar los trabajadores que estime necesarios a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga. A su vez, los trabajadores pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializarse tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de estos sea el primero. Si el empleador no formula en tiempo y forma la oferta antes referida, solo puede contratar trabajadores reemplazantes a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

En tal caso, los trabajadores en huelga pueden optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga. Una vez que el empleador hace uso de los derechos mencionados no puede retirar las ofertas que materializó para obtenerlos. Los trabajadores que optan por reintegrarse individualmente a sus labores lo deben hacer, por lo menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador. Mientras los trabajadores permanecen involucrados en la negociación colectiva, el empleador no puede ofrecerles individualmente su reintegro en cualquier condición, salvo en las circunstancias y condiciones señaladas precedentemente.

Si el empleador ejerce su prerrogativa de oponerse a la reincorporación de los trabajadores a sus labores, tal negativa debe afectar a todos, sin discriminar entre ellos.

e. Terminación de la huelga. La huelga termina: a) si concurre alguna de las modalidades de desistimiento reseñadas en párrafos anteriores; b) si más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación se han reincorporado individualmente a sus labores, en la forma y condiciones ya anotadas, caso en el que el resto de los trabajadores debe reintegrarse al trabajo dentro de los dos días siguientes al término de la huelga, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador; y c) si las partes acuerdan someter la negociación a arbitraje o si esta es sometida a arbitraje obligatorio mediante un decreto en que el Presidente de la República ordena la reanudación de faenas –en las mismas condiciones vigentes al momento de presentarse el proyecto de contrato colectivo– si la huelga o *lock-out*, por sus características, oportunidad o duración causa grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

ANEXO 2. Negociación colectiva supraempresa

Para que pueda negociarse colectivamente en el nivel supraempresa, abarcando a dos o más empresas, se requiere cumplir dos requisitos: a) que la o las organizaciones sindicales respectivas lo acuerden previamente con el o los empleadores, por escrito y ante un Ministro de Fe, y b) que en las respectivas empresa la mayoría absoluta de los trabajadores afiliados con derecho a negociar colectivamente acuerde conferir tal representación a la organización sindical de que se trate, mediante votación secreta en asamblea realizada en presencia de un Ministro de Fe. Si concurren ambos requisitos, dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa o una federación o confederación pueden presentar a los respectivos empleadores proyectos de contrato colectivo en representación de sus afiliados y de los trabajadores que adhieran al proyecto. El proyecto debe ser presentado en forma conjunta a todos los empleadores que suscriban el acuerdo.

En la reforma de 2001 se adoptaron normas especiales dirigidas a favorecer la negociación colectiva con el sindicato interempresa. Sobre el particular se dispuso que dicho sindicato –en representación de sus afiliados y de los trabajadores que se adhieran y sin necesidad de acuerdo previo con los empleadores– podrá presentar un proyecto de contrato colectivo de trabajo a los empleadores que ocupen trabajadores que sean socios de tal sindicato, el que estará facultado para suscribir los respectivos contratos colectivos. Para ello se requiere que el sindicato actúe en representación de, por lo menos, cuatro trabajadores de cada empresa. No obstante, negociar con el sindicato interempresa es facultativo del empleador. Si su decisión es negativa debe manifestarla expresamente dentro del plazo de diez días desde que fue notificado. Expresada tal negativa los trabajadores solo podrán negociar con arreglo a las normas de la negociación colectiva en el nivel de la empresa, pero en tal caso el o los delegados sindicales existentes en la empresa integrarán por derecho propio la comisión negociadora laboral.

Si la decisión es positiva, los empleadores deben integrar una comisión negociadora común que negocie en forma conjunta, la que estará compuesta por un apoderado de cada empresa. Si estos fueren más de cinco, podrán delegar tal representación en una comisión de hasta cinco miembros; tal delegación debe extenderse ante Ministro de Fe. A su vez, la comisión negociadora laboral se integrará por la directiva sindical o por

el número de sus miembros que ella designe. Cuando hayan de discutirse estipulaciones aplicables a una empresa en particular, la comisión se integrará además por el o los delegados sindicales respectivos. Si no existen tales delegados, los trabajadores de la empresa involucrada elegirán uno.

La presentación y tramitación del proyecto de contrato colectivo se ajusta a las normas reguladoras de la negociación colectiva en la empresa, sin perjuicio de las siguientes normas especiales:

a. El proyecto de contrato debe ser presentado a una comisión negociadora integrada por todos los empleadores comprendidos en la negociación, o sus representantes. Dicha presentación debe ocurrir dentro del plazo de treinta días de la suscripción del acuerdo de negociar.

b. El proyecto debe ser firmado por los miembros de la comisión negociadora y contener, a lo menos, las siguientes menciones: i) las partes a las que va a involucrar, individualizando a la o las empresas y sus domicilios y a los trabajadores involucrados en cada una de ellas, así como la nómina de los socios del sindicato respectivo y de los trabajadores que se adhieren al proyecto; ii) la rúbrica de los adherentes, si los hay; iii) las cláusulas propuestas de carácter general y las especiales para una o más de las empresas involucradas; iv) el plazo de vigencia del contrato; y v) los integrantes de la comisión negociadora. Al proyecto debe agregarse una copia autorizada del acta de la asamblea en que se confirió representación a la organización sindical.

c. Los trabajadores estarán representados por la o las directivas de las respectivas organizaciones sindicales. Al discutirse estipulaciones referidas a una empresa determinada, la comisión negociadora debe integrarse con la directiva del sindicato base, o con el respectivo delegado sindical. Si este no existe, los trabajadores de la empresa afiliados al respectivo sindicato –en votación secreta– deben elegir un representante, quien debe reunir los requisitos exigidos para ser director sindical.

d. Los empleadores que sean parte de la negociación deben constituir una comisión negociadora integrada por un apoderado de cada una de las empresas. La comisión debe quedar constituida al suscribirse el acuerdo de negociar o dentro de los dos días siguientes a tal suscripción, comunicándose su composición a la directiva de la o las organizaciones sindicales que negocian, dentro del plazo ya mencionado.

Los apoderados pueden delegar la representación en una comisión de hasta cinco miembros. Tal delegación debe constar por escrito y extenderse ante un Ministro de Fe.

e. Los empleadores deben dar una respuesta única al proyecto, lo que no impide que ella contenga estipulaciones especiales para una o más empresas. La respuesta debe darse dentro de los quince días siguientes al de su presentación, plazo que se aumenta a veinte días si la comisión está integrada por representantes de más de diez empresas. Las respectivas comisiones negociadoras pueden prorrogar ese plazo por el término que estimen necesario. La prórroga se aplica a todas las empresas comprendidas en la negociación.

f. La copia de la respuesta debe ser enviada a la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de entrega a dicha comisión, firmada por uno o más miembros de la comisión negociadora, para acreditar que ha sido recibida por esta. En caso de negativa de los integrantes a suscribir dicha copia, dentro del plazo de tres días desde el vencimiento del plazo recién indicado, los trabajadores pueden requerir que la Inspección del Trabajo notifique al empleador con el proyecto de contrato.

g. Si la comisión negociadora de los empleadores no da respuesta en la forma y plazos ya indicados, se entiende que acepta el proyecto. El mismo efecto se produce respecto del o de los empleadores que no concurran a la respuesta de la comisión negociadora.

h. En todo caso y en cualquier momento el empleador puede suscribir un contrato colectivo separado en su empresa, el que será suscrito por el empleador y la comisión negociadora. Además debe firmarlo la directiva del sindicato respectivo, o el delegado sindical o el representante de los trabajadores, según corresponda.

i. Asimismo en cualquier momento la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados –de cualquiera de las empresas comprendidas en la negociación– pueden instruir a la comisión negociadora para que celebre con su empleador un contrato colectivo relativo a dicha empresa, quedando ella excluida de la negociación. Si la comisión no da cumplimiento a esa instrucción dentro del plazo de dos días, el correspondiente contrato colectivo es firmado por el sindicato base o por el delegado o representante, según el caso. Copia de ese contrato colectivo se debe enviar a la Inspección del Trabajo dentro de los tres días siguientes.

j. Las respectivas comisiones negociadoras, en cualquier momento, pueden acordar la suscripción de un contrato colectivo que ponga término a la negociación. Este puede contener tanto estipulaciones generales como específicas para alguna o algunas de las empresas involucradas. El contrato debe ser suscrito separadamente en cada una de las empresas por el empleador y la comisión negociadora de los trabajadores, debiendo concurrir además a su firma la directiva del sindicato respectivo o el delegado sindical o el representante de los trabajadores, según corresponda.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CUYOS TRABAJADORES SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Pedro G. MORALES CORRALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis de las normas presupuestales. 3. Normas constitucionales. 4. Derecho comparado. 5. Convenios de la OIT y otros instrumentos internacionales. 6. El Decreto Ley Nº 25593. 7. La negociación colectiva en las empresas públicas.

1. INTRODUCCIÓN

En innumerables laudos arbitrales, así como en sentencias expedidas a nivel de la Corte Suprema de la República se ha establecido que los trabajadores de entidades del Estado y empresas públicas que se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada, tienen derecho a la negociación colectiva al igual que los trabajadores cuyos empleadores pertenecen al sector privado, y que por tanto las restricciones presupuestales respecto de incrementos de remuneraciones o mejoras de condiciones de

trabajo al ser de nivel infraconstitucional, pueden ser materia de solución por el tribunal arbitral correspondiente, quien no se encuentra sometido para laudar a las indicadas restricciones en la medida que el derecho a la negociación colectiva se basa en una norma de rango constitucional como es el artículo 28°, numeral 2, según el cual el Estado fomenta la negociación colectiva. Así mismo en el Convenio N° 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa N° 14712 de 18 de noviembre de 1963[1].

En tal sentido, el presente trabajo tiene por objeto invitar a repensar si el tratamiento jurisprudencial en esta materia se ajusta realmente a la Constitución y a la ley.

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS PRESUPUESTALES

El artículo 5°.1 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, considera como entidad pública, y por tanto, sujeta a sus disposiciones, a "todo organismo con personería jurídica comprendido en los niveles de gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local, incluidos sus respectivos organismos públicos descentralizados".

El artículo 77° de la Constitución establece que: "La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso [...]. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización [...]".

A su vez, el artículo 26°.1 de la Ley N° 28411 señala que: "El crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que

(1) Laudo Arbitral del 26 de enero de 2006 (Sindicato de Trabajadores de la Conasev con Conasev), Laudo Arbitral del 17 de marzo de 2004 (Sindicato Unificado de los Trabajadores del Petróleo [...] de la Región Grau con Petroperu), Laudo Arbitral del 21 de junio de 2001 (Sutesal con Sedapal), Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1995 (Sindicato de la Empresa Nacioal del Tabaco S.A. con Empresa Nacional del Tabaco S.A.), Laudo Arbitral del 11 de febrero de 1994 (Sindicato de Obreros de la Empresa Sociedad Paramonga Ltda. S.A. con Sociedad Paramonga Ltda. S.A.), Laudo Arbitral del 7 de enero de 1994 (Sindicato de Empleados de Cofide con Cofide), Laudo Arbitral del 1 de octubre de 1993 (Fentrep con Electroperu S.A.). Estos precedentes han sido citados en el Laudo Arbitral del 5 de octubre de 2006 (Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral N° IX con Sunarp).

haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la ley general. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el presupuesto del sector público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público"; y el artículo 26°.2 señala que: "Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y de administración, los contratos y/o convenios así como cualquier actuación de las entidades, que afecten gasto público deben supeditarse, de forma estricta, a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a créditos presupuestarios mayores o adicionales a los establecidos en los presupuestos, *bajo sanción de nulidad* y responsabilidad del titular de la entidad y de la persona que autoriza el acto".

Por otro lado, con relación al tratamiento de los ingresos del sector público, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 precisa en su numeral 1 que: "Las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el año fiscal para los pliegos presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la ley general, se aprueban mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector. *Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad*" (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, establece la prohibición de ejecutar ingresos y realizar gastos no autorizados por ley.

En esa línea, el artículo 19° de la citada norma determina la obligación de los funcionarios públicos de observar la asignación presupuestaria antes de asumir algún compromiso. En efecto, la disposición comentada indica: "Los funcionarios de las entidades del sector publico competentes para comprometer gastos deben observar, previo a la emisión del acto o disposición administrativa de gasto, que la entidad cuenta con la asignación presupuestaria que correspondiera. Caso contrario devienen en *nulos de pleno derecho*".

Fernando Vidal Ramírez al referirse al acto nulo, manifiesta que "[...] la nulidad absoluta, o sea el acto nulo, tiene por principio el interés público. De esta afirmación se desprende entonces, que el acto nulo es el que se ha pretendido celebrar con violación de un precepto de orden

público. El acto nulo, al decir de Coviello, puede equipararse al que nace muerto [...]"[2].

Además, según el artículo 220° del Código Civil las características del acto nulo, son las siguientes: puede ser alegado por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público; puede ser declarado de oficio; y, no puede subsanarse mediante la confirmación.

Sobre este último tema Fernando Vidal manifiesta que quien ejercita la acción para que se establezca que el acto es nulo, no ejercita una acción directa para privar de eficacia al acto, ya que siendo este nulo desde su origen y con anterioridad e independencia de la sentencia, es obvio que esta, únicamente, sirva para constatar la invalidez[3].

Finalmente, el mismo autor citando a León Barandiarán señala que la ley puede, sin utilizar el término nulidad, mentarla con expresiones sinónimas tales como "no produce efecto", "no surte efecto", "deja sin efecto", "se considera prohibida", "no puede exigirse el pago", "no valdrá el acto", y otras expresiones similares[4].

Así, por ejemplo, en lo que respecta al ejercicio fiscal 2007, la Ley N° 28927, al igual que normas presupuestarias anteriores, contempla normas de austeridad. El artículo 4°, numeral 1, respecto de remuneraciones, indica textualmente: "En las entidades públicas, incluyendo el Seguro Social de Salud - EsSalud y la Empresa Petróleos del Perú S.A. - Petroperú, quedan prohibidos el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, el monto total de los incentivos y beneficio de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones, y beneficio de toda índole. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo, en las respectivas escalas remunerativas, y de aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango y que no se hubieran hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley".

---

(2) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p. 509.

(3) Ibídem, p. 512.

(4) Ibídem, p. 524.

La misma norma contempla la responsabilidad de los funcionarios con relación al cumplimiento de las disposiciones citadas. En ese sentido, su artículo 6° señala que "El cumplimiento de lo establecido en el presente capitulo es responsabilidad del titular de la entidad, del jefe de la oficina de presupuesto o el que haga sus veces, y del jefe de la oficina de administración o el que haga sus veces, según corresponda. La Contraloría General de la República, a través de las oficinas de control interno, verifica el cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo".

En este mismo orden legislativo, la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República define como responsabilidad administrativa funcional a "aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen".

Es así que por estar sujetos los funcionarios públicos y sus entidades al principio de legalidad en su vertiente presupuestal, solo pueden realizar acciones que impliquen gastos presupuestales (como una negociación colectiva) cuando cuenten previamente con la disposición financiera para hacerlo (autorización en el marco presupuestal, objeto de gasto autorizado, y crédito fiscal habilitado). Comprometer recursos no autorizados implica responsabilidad para quien lo haga.

Se trata pues de normas de orden público, por lo cual los actos jurídicos contrarios a ellas son nulos, a tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, y específicamente del numeral 7 del artículo 219° del mismo código, que establece que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara; y como puede apreciarse de la revisión de las normas presupuestales, estas de manera reiterada sancionan con la nulidad todos los actos que se realicen en contravención de las normas de presupuesto.

Así, por ejemplo, si de acuerdo con el presupuesto de un ejercicio determinado se prohíben los incrementos de remuneraciones, entonces la entidad pública correspondiente simplemente no puede negociar ese petitorio, y por ende, a falta de acuerdo entre las partes, tampoco puede suscribir el correspondiente compromiso arbitral y, si lo hace, ese acto jurídico es nulo, por lo que los tribunales arbitrales mal hacen con laudar sobre la base de compromisos arbitrales jurídicamente inexistentes.

La sujeción al principio de legalidad y la responsabilidad de los funcionarios estatales ha quedado también confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en la sentencia recaída en el Expe-

diente Nº 1035-2001-AC/TC, se expresa que: "La administración pública en general [...], en un Estado de Derecho debe estar organizada desde y conforme a la ley, y su finalidad no puede ser otra sino la de procurar la satisfacción del interés general, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y con el debido respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No es suficiente para garantizar ese Estado de Derecho, que quien ostenta el poder público lo haya obtenido a través de los procedimientos establecidos en la Constitución o la ley, y en el caso de los alcaldes que su mandato sea producto de procesos electorales libres y democráticos. Es necesario, junto con esa legitimidad de origen, que las autoridades actúen de acuerdo con lo que expresa o implícitamente establezca el ordenamiento jurídico, así como que sean capaces de responder jurídica y políticamente por sus actos".

Más adelante, la citada sentencia reconoce, además, la materia presupuestaria como un límite legítimo para la actuación de los funcionarios públicos en los siguientes términos: "*Uno de los límites clásicos* para la actuación de los funcionarios públicos a cargo de las entidades del Estado *lo constituye el presupuesto*, como instrumento de racionalización y organización de la actividad financiera y económica del sector público, cuyo marco general corresponde ser propuesto por el Poder Ejecutivo y posteriormente ser aprobado por el Parlamento, dentro del esquema de la división de poderes en que se sustenta el Estado peruano" (las cursivas son nuestras).

Este criterio es reiterado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 12 de agosto de 2005 pronunciada en la Acción de Inconstitucionalidad planteada contra diversos artículos de la Ley Nº 28175 –Ley Marco del Empleo Público–, al considerar que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de dicha ley funciona como uno de los principios que rigen el empleo público, el de previsión presupuestaria, según el cual todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado, en la práctica haría imposible la realización de convenciones colectivas en el sector público.

El Tribunal Constitucional considera que para una adecuada interpretación del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, debe tenerse presente el Convenio Nº 151 de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública, concluyendo que en el caso del Perú, el ejercicio de derecho de la negociación colectiva de estos servidores, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En el Fundamento N° 54, la sentencia del Tribunal Constitucional considera que dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio N° 151, la Constitución establece determinadas normas relativas del presupuesto público, como son los artículos 77° y 78°, según los cuales el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado, por lo que, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución, deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, establece la resolución, que en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, estas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, y que los acuerdos logrados mediante esa vía que tengan incidencia económica se *podrán* autorizar y programar en el presupuesto (Fundamento N° 54). Adviértase que el término utilizado *podrán* no es mandatario sino facultativo, ya que corresponde al Ejecutivo analizar si la incidencia económica de lo pactado se ajusta a las necesidades generales previstas en el presupuesto y por el Congreso de la República aprobarlo, si así lo considera pertinente.

La sentencia declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y en el quinto punto del fallo establece que de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, debe interpretarse el derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, conforme al Convenio N° 151 de la OIT, entre otros tratados de derechos humanos.

Es por ello que cualquier disposición normativa, acto administrativo, contrato o convenio colectivo, debe supeditarse a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibidos que estos actos puedan condicionar su vigencia a créditos mayores o adicionales a los establecidos en los presupuestos institucionales. Los actos que contravengan lo antes señalado serán nulos.

3. NORMAS CONSTITUCIONALES

Tanto los tribunales arbitrales como, en su caso, la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como se mencionó anteriormente, han venido sosteniendo que no alcanza a los primeros las restricciones presupuestales, habida cuenta de que el fundamento del derecho a la negocia-

ción colectiva de los trabajadores lo constituye una norma de mayor rango, específicamente el artículo 28°, inciso 2 de la Constitución según el cual el Estado fomenta la negociación colectiva, así como porque el artículo 139°, numeral 1 segundo párrafo reconoce la autonomía de la jurisdicción arbitral(5).

Este argumento, sin embargo, merece revisarse, pues tratándose de servidores públicos resulta impertinente la invocación al artículo 28°, inciso 2 de la Constitución, toda vez esta se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los servidores públicos, ya que estos últimos cuentan con norma propia constitucional, que no les reconoce el derecho a negociación colectiva.

En efecto, el artículo 42° de la Constitución, que forma parte del Capítulo IV –De la Función Pública–, establece textualmente lo siguiente: "Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos [...]".

---

(5) Sin embargo, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre este tema no son unánimes, pues, por ejemplo, la sentencia de 27 de mayo de 2005, recaída en la Casación N° 911-2004-Lima, en los seguidos por Segundo Barón Sánchez, contra la Municipalidad Distrital de La Victoria, en que se reclama el pago de los beneficios de racionamiento devengados desde 1991 hasta diciembre de 2000, establece, si bien referido al Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), que la negociación colectiva en el sector público debe realizarse en el contexto de dicha regulación normativa y en las leyes de presupuesto de la República que delimitan el ámbito de negociación en términos restrictivos, especificando en cada año el procedimiento a observar y los conceptos sobre los cuales los gobiernos locales pueden otorgar beneficios económicos (Fundamento Cuarto). Más adelante se señala que de lo actuado tampoco se ha acreditado que las convenciones colectivas bajo análisis se hayan realizado tomando en cuenta las previsiones presupuestales de los ejercicios anuales respectivos, más aún si conforme se advierte del artículo 62° de la Ley de Presupuesto para el año 1984, los organismos del sector público estaban prohibidos expresamente de contraer compromisos con cargo a los conceptos de racionamiento y movilidad. (Fundamento Séptimo), concluyendo que los convenios invocados por el actor no constituyen de modo alguno título que justifique su otorgamiento al no respetar el ordenamiento jurídico aplicable (Fundamento Octavo).

Además, en el laudo arbitral de 30 de mayo de 2007 (Sutesen con Electroperu S.A.) se analizan las limitaciones a la negociación colectiva, concluyéndose que a los trabajadores de las empresas de la actividad empresarial del Estado, no les alcanza las limitaciones presupuestales pues no se trata de funcionario o servidores públicos, quienes sí lo están (Considerando B).

En consecuencia, el tratamiento constitucional es distinto. El artículo 28° de la Norma Fundamental, referido a los trabajadores netamente del sector privado, les garantiza a dicho nivel los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, en tanto que el artículo 42° referido a la función pública, solo reconoce a los servidores públicos, el derecho a la sindicación y huelga, no les reconoce el derecho a negociación colectiva que sí existe, pero a nivel de un decreto supremo, el N° 026-82-JUS del 14 de abril de 1982, que solo permite pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo, entendiéndose como tales "[...] aquellas que facilitan la actividad del trabajador y que puedan cubrirse con recursos presupuestales existentes. *En ningún caso se considerarán aquellas que impliquen actos de administración o de imperio, ni las que requieran partidas presupuestales adicionales*" (las cursivas son nuestras).

Podría argumentarse que el artículo 28° de la Carta Política, no se refiere expresamente a los trabajadores del sector privado, y que, por tanto, también se aplica a los servidores públicos en la medida en que no se debe distinguir donde la Constitución no lo hace.

Esta alegación no resulta convincente, habida cuenta que otro artículo de la propia Constitución, referida exclusivamente a los servidores públicos, solo le reconoce dos derechos en materia colectiva, esto es, sindicalización y huelga, quedando excluida la negociación colectiva, que como ya hemos manifestado puede darse limitadamente como consecuencia de una norma de menor rango como es el Decreto Supremo N° 026-82-JUS, y con las limitaciones contenidas en dicha norma.

En consecuencia, una interpretación sistemática de los dos artículos constitucionales, el 28°.2 y el 42°, lleva por oposición, a la conclusión de que el constituyente negó la posibilidad de negociación colectiva para los servidores públicos, a dicho nivel.

Y la razón resulta evidente: una negociación colectiva en entidades estatales que pretendan incrementos de remuneraciones y de condiciones con efectos económicos, podrían desquiciar el presupuesto asignado a la entidad, y si ello se generaliza, todo el presupuesto del Estado, con lo cual se tendrían que dejar de atender las necesidades prioritarias previstas en el presupuesto a favor de la colectividad para atender estos requerimientos, prácticamente particulares.

Tampoco resulta convincente sostener que el derecho a la libre sindicalización que reconocen ambas normas constitucionales lleva implícito el de la negociación colectiva (es inescindible), porque si fuera así, cuál sería

la razón para referirse a esta última independientemente al derecho a sindicalizarse? Además, en nuestro ordenamiento legal la negociación colectiva no es privativa de los sindicatos porque, ante su ausencia, los trabajadores no sindicalizados pueden negociar designando para tal efecto a sus representantes (Decreto Ley N° 25593, artículo 41°).

Por último, así se acepte que una de las expresiones de la libertad sindical es que las organizaciones sindicales negocien con sus empleadores para mejorar sus condiciones de trabajo, ello deberá hacerse dentro del marco que la Constitución y las leyes de desarrollo establezcan, y si dicho marco impone algunas restricciones, entonces estas deben observarse y respetarse.

Por otro lado, respecto de la autonomía de la jurisdicción arbitral, nadie duda de ella, pero resulta ajena a este debate en la medida en que la jurisdicción bien sea de la justicia ordinaria o la excepcional arbitral, deben resolver conforme a las normas constitucionales y legales sustantivas, lo que significa en este caso dilucidar si la negociación colectiva de los servidores de las entidades del Estado tiene amparo constitucional o simplemente infraconstitucional.

4. DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado, la Constitución española, a decir de Jorge Fondevila Antolín(6) ha provocado un debate entre quienes consideran que no existe ningún amparo constitucional para la negociación colectiva de los funcionarios y servidores públicos, en tanto que otra corriente sostiene que la Constitución española ni reconoce ni impide la existencia de un derecho de negociación colectiva (se entiende referido a los funcionarios y servidores públicos) sino que deberá ser el legislador ordinario quien regule la cuestión, es decir, a nivel infraconstitucional; existiendo una tercera posición según la cual consideran que sí existe amparo constitucional, sosteniendo unos que se halla en el artículo 28°.1 y otros en el artículo 37°.1.

Si revisamos el primero de los artículos mencionados, este se refiere nítidamente al derecho a la libertad sindical, señalando que esta comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el

(6) FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, *Constitución y empleo público*, Comares, Granada, 2000, p. 185.

derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a ellas, prohibiéndose que alguien pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato.

Por otro lado, el artículo 37º.1 de la Constitución de España, garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral "[...] entre los representantes de los trabajadores y *empresarios*, así como la fuerza vinculante de los convenios" (las cursivas son nuestras).

La verdad es que ninguno de los dos artículos consagra el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios y servidores públicos españoles, resultando una interpretación por demás forzada el sostener que la libertad sindical per se, supone el derecho a la negociación colectiva de este tipo de servidores, o que cuando el artículo 38º.1 se refiere a *los empresarios*, debe entenderse que en este concepto se encuentran comprendidas las entidades estatales.

En todo caso, como el mismo autor señala, cuando el Tribunal Constitucional español sostiene que constituyen funciones esenciales del derecho a la libertad sindical, entre otras a la negociación colectiva y a la huelga, dicha doctrina "[...] ha sido elaborada siempre en base a supuestos de actuación de las relaciones sindicales en un estricto ámbito laboral privado, con lo cual surgen las dudas en torno a la aplicabilidad de estas previsiones al ámbito de los funcionarios [...]"; concluye el autor "[...] que no cabe la aplicación mimética del régimen común"(7); y al referirse como consecuencia de lo anterior a los ámbitos o temas que no pueden ser materia de negociación colectiva dentro de la administración pública, señala que "[...] por el respeto al principio de legalidad, al cual se encuentra sometida la administración pública, conforme establece el artículo 103º.1 de la Constitución, aquí podemos hacer especial referencia al principio de legalidad presupuestaria recogida en el artículo 134º de la carta magna, que entre otros argumentos ha servido de base para establecer las limitaciones de incremento salarial a los empleados públicos, y como consecuencia de ello la negativa a que esta cuestión pudiera ser objeto de negociación colectiva"(8).

Adicionalmente, dicho autor hace referencia a una resolución del Tribunal Constitucional español (la 57/1982 del 27 de julio de 1982), que

(7) Ibídem, p. 187.

(8) Ibídem, p. 190.

concretamente se refiere a este tema y en la que se señala que la Constitución española no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo, y que este no puede ser fundamentado en los artículos 37°.1, 28°.1 y 14° de la Constitución[9], para concluir manifiesta que "[...] el derecho de negociación colectiva como cualquier otro derecho constitucionalmente reconocido no tiene un carácter absoluto, porque puede estar sujeto a limitaciones ante la existencia de otros derechos que merezcan mayor protección [...]"[10]. Sin duda, esos otros derechos tienen que ver con los intereses de todos los ciudadanos de un país que son los destinatarios de las obras y servicios que en general todo Estado debe proporcionar o brindar para la satisfacción de sus necesidades, razón por la cual el tesoro público solo puede ser destinado de acuerdo con las normas presupuestales, resultando absurdo sostener que el derecho a la negociación colectiva de los servidores del Estado puede prevalecer respecto del interés general de la Nación.

Por otro lado, Miguel Sánchez Morón[11], igualmente autor español, refiriéndose a la posibilidad de la negociación colectiva de los funcionarios, manifiesta: "Cuestión distinta es la que tiene que ver con la negociación colectiva. Su introducción en el empleo público es consecuencia de la paulatina extensión a este ámbito de un modelo de relaciones que tiene su origen en la empresa privada. La negociación, en puridad, es decir, en el sistema de relaciones laborales, significa la autorregulación de las condiciones de empleo por el acuerdo de las partes, adoptado en virtud de su autonomía colectiva y formalizado en un convenio colectivo. Durante mucho tiempo se ha considerado que este modo de regular las condiciones de trabajo y productividad era totalmente incompatible con el régimen jurídico del funcionario público. Y, ciertamente lo es con la versión más tradicional de la naturaleza estatutaria de estas relaciones [...]. Pero ocurre que a finales del siglo XX es difícil sostener esa concepción teórica en toda su pureza, pues, como hemos ido viendo en distintos momentos, con el tiempo se han difuminado los presupuestos sociales, culturales y jurídicos en que se apoyaban. El mero hecho de que en el empleo existan colectivos profe-

(9) Ibídem, p. 192.

(10) Ibídem, p. 195.

(11) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública,* Tecnos, España, 2000, pp. 234-237.

sionales sometidos a vínculos laborales y que, por consiguiente, pactan con la administración sus relaciones de empleo [...] denota el profundo cambio, seguramente irreversible, que se ha producido en nuestro tiempo [...]. Para quienes sostienen esta tesis (que procede la negociación colectiva) el derecho de la negociación colectiva de los funcionarios sería una consecuencia directa de su derecho a la sindicación, dado que la negociación, como la huelga, son manifestaciones inescindibles de la actividad sindical. *La cuestión no puede abordarse, sin embargo, confrontando apriorísticamente el modelo regulador de la negociación colectiva con una determinada construcción teórica, cualquiera que sea, sino con la letra de la Constitución, interpretada sistemáticamente* [...]. *Puede entenderse que, en virtud de este tipo de consideraciones, la Constitución* [...] *no quiso extender expresamente el derecho de negociación colectiva a los funcionarios.* [...]. Por otra parte, *como declaró el Tribunal Constitucional* en STC 57/1982 del 17 de julio *el reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios no conlleva, sin más, el de negociación colectiva*, pues la acción sindical puede desarrollarse también mediante otros procedimientos y por otras vías. Ahora bien, la negociación colectiva tampoco es incompatible con el régimen constitucional de la función pública y, de hecho, nunca el Tribunal Constitucional ha afirmado lo contrario ni nadie legitimado para ello ha cuestionado la inconstitucionalidad de las leyes que la introducen en este ámbito. Antes el hecho de que no sea un derecho constitucional no significa que la negociación colectiva no pueda existir en el ámbito de la función pública. [...]. *Sin embargo, es también claro que la negociación colectiva no puede tener el mismo alcance en el marco del empleo público –y, más específicamente en el de la función pública–, que en el del sector privado, ante todo, en virtud del principio de legalidad presupuestaria, conforme al que corresponde al Parlamento aprobar la totalidad de los gastos del sector público, incluidos naturalmente los gastos de personal (artículo 134º.2 de la Constitución). Quiere ello decir que la administración no es libre para negociar modificaciones de las condiciones de empleo que tengan directa o indirectamente efectos presupuestarios, sino que está limitada a priori y a posteriori por lo que el órgano representativo de la voluntad popular pueda decidir*. En este sentido, lo más que la administración puede convenir es el contenido de sus propias iniciativas legislativas y presupuestarias. Este tipo de límites, por lo demás, se impone también a la negociación colectiva de los trabajadores con vínculo laboral de administración, que deben contar por ello con el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Hacien-

da y del Ministerio para las administraciones públicas, sin el que son nulos de pleno derecho, según vienen reiterando las últimas leyes de presupuestos generales del Estado, *con el aval del Tribunal Constitucional* - STC 96/1990, de 24 de mayo" (las cursivas son nuestras).

5. CONVENIOS DE LA OIT Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Tampoco resultaría apropiada la invocación que se efectúa al Convenio N° 98 de la OIT, por cuanto su artículo 6° excluye a los funcionarios públicos de este. Textualmente establece lo siguiente: "El presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos de la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto".

Es el Convenio N° 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y de procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, el pertinente y que originó al Decreto Supremo N° 026-82-JUS antes mencionado, en el cual se permite a los servidores públicos la presentación de pliegos de reclamo, exclusivamente, sobre condiciones generales siempre que puedan cubrirse con recursos presupuestales existentes, prohibiéndose aquellos que requieran partidas presupuestales adicionales.

Y, como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional en el punto 5 de su sentencia de 12 de agosto de 2005, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida contra la Ley N° 28175 –Ley Marco del Empleo Público–, ha establecido que los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga, deben interpretarse de conformidad con el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador", el Convenio N° 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; artículo 6° del Convenio N° 98 de la OIT relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva; y *el Convenio N° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos*. Nótese que si bien la enumeración de

tratados y convenios es general, el Tribunal Constitucional menciona de manera específica al Convenio N° 151 de la OIT como aquel que debe tenerse en cuenta para analizar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga de los servidores públicos (Fundamento 52° *in fine*).

En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 8° garantiza el derecho de toda persona a fundar sindicatos para promover y proteger sus intereses económicos y sociales, pero reconociendo que pueden haber restricciones previstas por la ley, necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de derechos y libertades ajenos (numeral 1.a), que es justo lo que ocurre cuando se trata de la negociación colectiva con los servidores públicos en donde el interés legítimo, pero particular, de obtener incrementos de remuneraciones, puede colisionar con el interés general de todos los ciudadanos de nuestro país que son los destinatarios de las obras y servicios que presta el Estado, basándose en el presupuesto general de la República.

Lo mismo ocurre con el artículo 8° del Protocolo de San Salvador, que establece que los Estados partes garantizarán el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos para la protección y promoción de sus intereses, reconociéndose en el numeral 2 de dicho artículo que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que sean propias de una sociedad democrática, necesaria para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás.

En consecuencia, tratándose de servidores públicos, el artículo constitucional es el 42° y no el 28°.2. Otro tema totalmente distinto y adjetivo, es que por determinación de la ley (nivel infraconstitucional) sean considerados bajo el régimen laboral de la actividad privada, pero ello no trae como consecuencia que se conviertan, por naturaleza, en servidores del sector privado, manteniendo su condición de servidores públicos y por ende sometidos estos y las entidades a quienes prestan servicios a las normas limitativas del presupuesto que también tienen rango constitucional conforme lo establece el artículo 77° de la Carta Política. Tan cierto es lo expresado, que estos servidores públicos, ahora bajo el régimen laboral de la actividad privada, antes lo estaban dentro de la Ley de la Carrera Administrativa regulada por el Decreto Legislativo N° 276 y, cuando se apruebe en el Congreso de la República la nueva Ley de Carrera Administrativa del Servidor Público, dejarán de pertenecer al régimen laboral de la actividad privada.

6. EL DECRETO LEY Nº 25593

Pues bien, siguiendo con el silogismo, si los trabajadores de las entidades del Estado son servidores públicos y su derecho a la negociación colectiva no proviene del artículo 28º numeral 2 de la Constitución, ni del Convenio Nº 98 de la OIT, y tampoco tiene base constitucional, ya que el artículo 42º de la carta tampoco les reconoce el derecho a negociación colectiva, tenemos que, si un sector de estos trabajadores tienen derecho a ella es solo y exclusivamente en virtud del artículo 1º, segundo párrafo de una norma infraconstitucional como es el Decreto Ley Nº 25593, que establece que: "[...] *Los trabajadores de entidades del Estado y de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, quedan comprendidos en las normas contenidas en el presente decreto ley, en cuanto estas últimas no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos*" (las cursivas son nuestras).

Adviértase que el primer párrafo del citado artículo 1º se refiere propiamente a los trabajadores que, per se, pertenecen al régimen laboral de la actividad privada, que son los destinatarios naturales de dicha norma.

> "**Artículo 1º.-** El presente decreto ley se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada *que prestan servicios para empleadores privados*" (las cursivas son nuestras).

Entonces, que si los servidores públicos que por mandato de una ley especial son incorporados al régimen laboral de la actividad privada, les alcanza el derecho a la negociación colectiva, este beneficio es de nivel infraconstitucional. Por lo que perfectamente una norma de dicho nivel puede introducir limitaciones a dicho tipo de negociación, como en efecto lo hace la propia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuando comprende a los servidores públicos, sujetos por mandato de ley al régimen laboral de la actividad privada en la negociación colectiva, pero siempre que *no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos.*

Quedaría claro, entonces, que si otras normas de jerarquía infraconstitucional como la legislación presupuestal introducen limitaciones a los incrementos de remuneraciones, nadie puede, ni siquiera un tribunal arbitral otorgarlas porque estaría infringiendo dichas normas legales, no siendo pertinente invocar normas de nivel constitucional en esta materia, porque no existen. Es más, existe norma expresa constitucional (artículo 42º) que no reconoce a los servidores públicos el derecho a negociación colec-

tiva, y existe norma expresa a nivel constitucional que regula la administración económica y financiera de las entidades del Estado por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (artículo 77°).

En consecuencia, se podría considerar que existen razones jurídicas suficientes que impedirían a los tribunales arbitrales otorgar ningún tipo de beneficio remuneratorio o de carácter económico, porque ello constituiría una violación de las normas presupuestales, habida cuenta que, ni el Convenio N° 98 de la OIT ni el artículo 28° de la Constitución, específicamente su inciso 2, son aplicables a los servidores públicos, y son precisamente estos los fundamentos que usualmente invocan para que se les otorgue los incrementos o mejoras de condiciones remuneratorias, desconociendo que su derecho no nace de la Constitución sino de una ley que contempla limitaciones y que en la medida que estas se den, resulta jurídicamente imposible el otorgamiento de incrementos remuneratorios o de beneficios económicos, porque se estaría violando a la ley y al artículo 77° de la Constitución.

De lo contrario, la forma más sencilla de burlar las normas presupuestales a nivel de los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sería presentar pliegos de reclamos sobre condiciones remuneratorias que conocen de antemano no podrán ser concedidas si existen restricciones presupuestales, para que, roto el trato directo, un tribunal arbitral sí las conceda. Ello conllevaría al desquiciamiento del sistema presupuestal y a la violación de los artículos 42° y 77° de nuestra Carta Política.

Tampoco es válido el argumento que se esgrime en algunos laudos y resoluciones judiciales en el sentido de que, si la entidad del Estado suscribió el correspondiente compromiso arbitral, quedó obligado por él y sometido al contenido del laudo que se expida.

Ya hemos visto que siendo las normas presupuestales de orden público, si en determinado ejercicio se prohíbe el incremento de remuneraciones, el acto jurídico por el cual se somete al tribunal arbitral la solución del conflicto de dichos incrementos es nulo, por lo cual al tribunal arbitral le corresponde, en este supuesto, inhibirse del conocimiento del mismo.

En cuanto a los pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre esta materia, lo hace fundamentalmente fundándose en los Convenios N°s 87 y 98 que como hemos visto no son aplicables a los servidores públicos, desde que el pertinente es el Convenio N° 151, e

incluso reconoce que la naturaleza constitucional del derecho de negociación colectiva no lo convierte en un derecho absoluto, aunque restringe el ámbito de las limitaciones de su contenido a contextos de real crisis económica y con cargo al cumplimiento de una serie de requisitos[12]. Sin duda el Comité de Libertad Sindical se está refiriendo a los supuestos excepcionales en que el Estado limita la negociación colectiva en el ámbito privado, como sucedió en nuestro país en los primeros años de la década de los noventa como consecuencia de la hiperinflación arrastrada a finales de los años ochenta, y que dieron lugar a una serie de normas de excepción para estabilizar la economía del país.

En consecuencia, este es un tema que merece una especial reflexión, no resultando atendible la invocación a la jurisprudencia sobre esta materia (laudos arbitrales y resoluciones judiciales), por cuanto esta es necesariamente relativa y no vinculante, en la medida en que se debe analizar año a año lo que establezcan las normas presupuestales. Si no se contemplan restricciones, se podrá negociar libremente, pero si lo hace, deberá estarse a lo que ellas indiquen. Además, si se revisan los laudos emitidos sobre esta materia, la mayoría de ellos se refieren a empresas públicas, no a entidades públicas y, cuando se trata de estas últimas, lo único que han hecho los tribunales arbitrales es referirse a los precedentes que, como se tiene dicho en su mayoría, corresponden a empresas públicas, repitiéndose sin mayor reflexión los argumentos comunes respecto de la constitucionalidad del derecho, invocando al artículo 28°.1 y al Convenio N° 98 de la OIT, que resultan válidos para las empresas públicas, como veremos seguidamente, mas no para las entidades públicas. Además, estos laudos estarían desconociendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

7. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Las empresas públicas que pertenecen a la actividad empresarial del Estado, usualmente se encuentran organizadas bajo la forma de sociedad anónima, encontrándose generalmente excluidas de las normas referidas al sector público, salvo, naturalmente, los casos en que por ley expresa se disponga lo contrario.

---

(12) Recogido del numeral 12 del laudo arbitral del 5 de octubre de 2006 (Sindicato de Trabajadores Zona Registral N° IX con Sunarp).

Todos los trabajadores de las empresas públicas se encuentran comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada, siendo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), quien ejerce la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas ellas, administrando los recursos derivados de dicha titularidad, siendo además la encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, debiendo aprobar el presupuesto consolidado de cada una de ellas.

De conformidad con el artículo 52°.4 de la Ley General de Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411, el Fonafe y las empresas bajo su ámbito, programan y formulan sus presupuestos sobre la base de las directivas que emita dicha entidad, en el marco de las reglas de estabilidad, teniendo en cuenta las proyecciones macroeconómicas contenidas en el artículo 4° de la Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, Ley N° 27245, modificada por la Ley N° 27958, lo cual es corroborado por el artículo 53°.2 de la referida Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Por otro lado, el artículo 40° de la Constitución Política del Estado, referido a la función pública, expresamente excluye de ella a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, de tal modo que los trabajadores de las empresas públicas, no tienen para estos efectos la calidad de funcionarios o servidores públicos, por lo que, en este orden de ideas, las normas que regulan la aprobación y gestión presupuestal de las empresas de la actividad empresarial del Estado antes mencionadas, han sido dictadas en concordancia con el artículo 77° de la Constitución, referida al presupuesto público, debiendo precisarse que por no estar comprendidos los trabajadores de dichas empresas en la función pública, no les son aplicables el artículo 42° de la Carta Política, que reconoce a nivel constitucional, a los servidores que sí se encuentran comprendidos en ella, exclusivamente los derechos de sindicación y huelga. Por lo tanto, a los trabajadores de las empresas del Estado les son de plena aplicación el artículo 28° numeral 2 de la Constitución Política, así como el Convenio N° 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, por lo cual las regulaciones y en su caso limitaciones, solo obligan al Fonafe, no así a los tribunales arbítrales, que aplican la Norma Constitucional, el Convenio N° 98 de la OIT y las normas específicas contenidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sobre la finalidad y atribuciones del arbitraje, en concordancia con los criterios vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de febrero de 2006 (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC) en que se pronuncia expresamente sobre la constitucionalidad de la jurisdicción arbitral.

423
441

HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES: ALCANCES, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NUEVA AFECTACIÓN
(La educación básica regular)

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco general: la huelga como derecho fundamental y sus límites. 3. Estándares internacionales en materia de servicios esenciales y de los límites al ejercicio del derecho de huelga. 4. La regulación peruana de la huelga en los servicios esenciales y la numerosa lista de vulneraciones de los estándares internacionales en el sector educación. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de un proceso de paulatina adecuación a los estándares internacionales de la normativa peruana en materia de relaciones colectivas de trabajo, se ha producido la declaración de la educación como servicio público esencial a efectos de garantizar su no interrupción en un contexto huelguístico.

Esta situación, de signo contrario a la corriente antes mencionada, ha motivado el presente trabajo, que busca, en primer lugar, presentar el marco

teórico referido al derecho de huelga y sus límites, particularmente los externos referidos a los servicios esenciales. Tras ello se aborda, con algún detalle, el tema de los estándares internacionales sobre el particular, elaborados por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), porque son los más desarrollados y obligatorios para un país que ha ratificado los principales convenios internacionales de trabajo en materia de libertad sindical (N°s 87, 98 y 151). Finalmente, se presenta el marco legal general existente en el Perú sobre los servicios esenciales y se concluye con el análisis de las normas referidas a la educación básica regular, contrastándolas con los estándares internacionales.

2. MARCO GENERAL: LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS LÍMITES

2.1. La huelga-derecho y sus límites

De la mano con la evolución jurídica del sindicalismo, que se suele dividir en las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento jurídico, la huelga ha transitado también por las fases de huelga-delito, huelga-libertad y huelga-derecho; es decir, por su consideración como un hecho socialmente dañoso, socialmente indiferente o socialmente útil[1]. Y, se puede concordar en que en esta última etapa "el trabajador huelguista al ejercitar un derecho subjetivo goza de la inmunidad propia del que lo ejercita en su ámbito y para los fines que le son propios"[2], siendo que la fuerza jurídica de derecho vendrá del rango en que haya sido consagrado.

En la actualidad, nos encontramos frente a la constitucionalización generalizada del derecho de huelga, lo que equivale a su consagración como derecho constitucional fundamental de máximo rango, lo que si bien no le ha garantizado todavía un respeto pleno que se condiga con la valoración jurídica máxima a la que puede aspirar un hecho social, sí viene convirtiéndose en un puntal de significativa relevancia dotándola del mayor rango jurídico posible, salvaguardando su contenido esencial frente a las

(1) Esta categorización se la debemos a CALAMANDREI, Piero, "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, parte I, pp. 22 y ss.

(2) VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves, *Manual de Derecho sindical*, Comares, Granada, 2004, p. 286.

regulaciones legales que muchas veces son indicadas por la propia Constitución, introduciéndola en el campo de la interpretación constitucional y generándole caminos de tutela procesal constitucional.

Sin embargo, y como todos sabemos, la consagración de la huelga como derecho implica su inserción en el sistema de derechos y, por tanto, su ingreso "al inevitable régimen de límites recíprocos que caracteriza a cualquier régimen de derechos dentro del orden jurídico general"(3). Por tanto, si se creía que la huelga era un derecho absoluto, ello ha quedado desvirtuado, debido a que su naturaleza y el alcance de sus límites han sido objeto de una profusa y apasionada discusión, siendo probablemente una de las más intensas que se ha producido en estos ámbitos(4). Ello se debe, creemos, a la altísima concentración del poder sindical que gira alrededor de este derecho, de modo que las restricciones a que se lo someta tienen una incidencia determinante en la eficacia de la actuación colectiva y, por tanto, en la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

En tal sentido, se ha debatido sobre la existencia de *límites internos*, derivados de la configuración jurídica del derecho, y *límites externos*, referidos otros bienes jurídicos de igual o superior valor "al interés colectivo de los antagonistas"(5) que no deben ser afectados por el ejercicio de este derecho. En el caso de los *límites internos*, la discusión ha girado en mucho respecto de la definición del derecho de huelga, puesto que, para decirlo en palabras concluyentes de Ermida(6), "definir es excluir" en

(3) Loc. cit.

(4) Una detallada exposición del debate respecto de los límites de la huelga puede verse en MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, "Los límites del derecho de huelga", Amalio Fernández, Montevideo, 1992; y, DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto, "Derecho de huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate", Instituto de Defensa Legal, Lima, 1986. En el caso de los límites internos, puede consultarse, además, VIDAL SALAZAR, Michael, "Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano", en *Revista Foro Jurídico*, Nº 3, Lima, 2004.

(5) OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 535. Habría que aclarar, también, con el autor citado, que tanto en el caso de los límites internos como en el de los externos se está hablando de restricciones al ejercicio del derecho de huelga, sin aludir para nada a las exclusiones del derecho de huelga, que vienen referidas a las ciertas categorías de trabajadores privadas constitucionalmente de la titularidad del derecho de huelga.

(6) ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización de la huelga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, p. 44. Hay que señalar que la frase citada perfila aún más

este terreno[7]. En función de ello, de su naturaleza de derecho fundamental (que conduce a reconocerle ampliamente sus alcances y estrictamente sus limitaciones) y a la luz del carácter histórico, diverso y evolutivo de las medidas reivindicativas, el debate sobre la existencia de estos límites ha sido intenso, pudiendo señalarse que la existencia de límites internos tiene ahora más detractores que defensores.

Para no detenernos en múltiples opiniones personales, valga como referencia que tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Liberta Sindical de la OIT han señalado que "en cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica"[8].

Por el contrario, en el caso de los *límites externos* se puede observar que existe justificado consenso respecto a su existencia, siendo los servicios esenciales "el supuesto típico de excepcionalidad, que permite res-

una posición compartida por Ermida que afirmaba con Monteiro Fernández que "definir es limitar". Sobre el particular, véase MONTEIRO FERNÁNDEZ, Antonio, "La huelga en el Derecho internacional y comparado del trabajo", en *Revista Derecho laboral*, Nº 160, Montevideo, 1990, p. 665.

(7) Veamos, como ejemplo arquetípico de esta posición, la definición que nos ofrece la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo peruana sobre huelga, en la que se señala que "Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo". Con esta definición solo cabe la modalidad clásica de huelga y se deja fuera un numeroso elenco de modalidades atípicas, que no incluyen la cesación permanente, con abandono del centro de trabajo y por intereses meramente profesionales.

(8) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 2006, párr. 545. Véase, asimismo, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, OIT, Ginebra, 1994, párrs. 159 y 160.

(8) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 595-596; y, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 161.

tricciones en el ejercicio del derecho de huelga"[9]. Ello se debe a que estamos frente a ciertas *prestaciones vitales*[10] de las que no se puede privar a la sociedad, en función de lo cual el establecimiento de estas restricciones "goza de una legitimidad de la que carecen la mayor parte de las interminables limitaciones que se han querido imponer a la huelga"[11], llevándolas a tener merecida sede constitucional en un significativo número de países[12].

En el fondo del asunto, nos encontramos en la "necesidad de coordinar el reconocimiento del derecho de huelga con los otros valores constitucionales"[13], expresados en la prestación continua de los servicios esenciales[14], de modo que es imprescindible buscar una salida transaccional que garantice que no se deje a la sociedad sin tan relevantes prestaciones, a la par que no prive de eficacia totalmente a la tutela colectiva que se expresa en la huelga. Allí está el quid del asunto, que resulta muy gráficamente expresado en palabras del Tribunal Constitucional español cuando señala que "es imprescindible ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales"[15].

---

(9) Como hacen notar, MATÍA PRIM, Javier, SALA FRANCO, Tomás, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y VIDA SORIA, José, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 137.

(10) En términos de la relevante sentencia del Tribunal Constitucional español emitida el 8 de abril de 1981, en la que se analizó la constitucionalidad de la preexistente regulación de la huelga.

(11) En términos de ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga en los servicios esenciales*, en www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/huelgaservescenciales.htm#_ftn2.

(12) Véase, al respecto, la Constitución de España de 1979 (artículo 28°.2).

(13) En los términos de GIUGNI, Gino, *Diritto sindícale*, Cacucci Editore, Bari, 1996, p. 242.

(14) En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento N° 40 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, que "debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos".

(15) Sentencia N° 148 del Tribunal Constitucional español, emitida en 1993.

En función de ello, es que a la figura de los servicios esenciales la acompañan restricciones como las de prohibición, preaviso más extenso que en las actividades normales, imposición conciliación o mediación previas y prestación de servicios mínimos, que están dirigidos a paliar los daños que originaría una suspensión total de labores, y aún, si, como veremos posteriormente en detalle, nos ubicamos en el extremo de los límites máximos posibles, la prohibición de la huelga en tales servicios acarrea la obligación de garantizar a los trabajadores, privados del ejercicio de su derecho, el acceso a mecanismos compensatorios de solución de conflictos (como el arbitraje) independientes, rápidos y cuyas resoluciones se acaten plenamente.

2.2. ¿Servicios públicos esenciales o tan solo servicios esenciales?

Producto de que muchos servicios considerados como esenciales eran brindados monopólicamente por el Estado, de las limitaciones a la huelga en sector público, o, simplemente, por dejar la impronta del carácter público de los intereses involucrados, hay muchos países en los que se habla de servicios públicos esenciales, para hacer referencia a las actividades en las que se establecen restricciones al derecho de huelga en los términos que interesan a este trabajo.

En los albores del siglo XXI, al echar una simple mirada al listado de sectores considerados como servicios públicos y contrastarla con lo que sucede en la realidad, podemos concluir sin gran esfuerzo en que ya no se puede sostener que estos servicios tengan la característica de ser prestados por organismos públicos. En este campo, la titularidad de la actividad ha pasado a carecer de relevancia, puesto que entre quienes las desarrollan conviven entidades privadas y públicas.

En ambos casos, estamos ante servicios de "preeminente interés general", para decirlo en términos de Ghezzi y Romagnoli(16), en los que interesa justamente es eso: estamos ante "valores fundamentales vinculados a la vida y a la personalidad de los particulares"(17), sin que tenga importancia, a efectos del ejercicio del derecho de huelga, si el titular del

(16) GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il Diritto sindícale*, Zanichelli, Bolonia, 1992, p. 256.

(17) Loc. cit.

servicio es el Estado o un particular cualquiera. En tal sentido, ha afirmado con precisión Blancas Bustamante que "los servicios esenciales se definen en relación a la naturaleza de los derechos o bienes de las personas que son satisfechos con su prestación o, visto desde otro ángulo, que resultarían gravemente perjudicados con su falta de prestación"(18).

De allí que, a modo de conclusión, se puede afirmar que un servicio será esencial no porque lo preste una entidad del Estado, una empresa pública o una empresa privada, sino porque su suspensión afecta a los derechos fundamentales a la vida, la salud o la seguridad, que tienen preeminencia sobre cualquier otro interés jurídicamente tutelado. Por tanto, debe quedar claro que no todo servicio público es esencial, y no todo servicio esencial es público, ya que hay servicios prestados por entidades privadas (Clínicas, por ejemplo), que ingresan perfectamente en el concepto.

Finalmente, cierto es que en el sector público hay categorías privadas del derecho de huelga, que en términos del Convenio N° 98 de la OIT solo podrían ser militares, policías o funcionarios públicos stricto sensu, es decir, aquellos que actúan como poder del Estado(19), pero también lo es que en estos casos estamos frente a exclusiones subjetivas y no a restricciones en el ejercicio del derecho, lo que suma a la delimitación jurídica del derecho, pero no por eso debe meterse en el mismo saco.

De esta forma, creemos que para evitar cualquier tipo de confusión, la categoría debería denominarse como servicios esenciales, restándole la referencia cuestionada por no responder a la naturaleza de las cosas a estas alturas de la civilización.

2.3. Modelos de regulación de la huelga en servicios esenciales: autorregulado, heterorregulado o mixto

Si se echa una mirada a lo que sucede en el mundo en materia de regulación del derecho de huelga, nos encontramos con que hay países en

(18) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "La huelga en los servicios esenciales", en *Asesoría Laboral*, agosto 1992, p. 23.

(19) Al respecto, debe verse la interpretación que han hecho del artículo 6° del Convenio N° 98 el Comité de Libertad Sindical de la OIT (*La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*,

donde el ejercicio de este derecho viene *autorregulado* unilateral o bilateralmente (Alemania o Inglaterra, en el primer caso y Suecia, en el segundo, por ejemplo), *heterorregulado* por norma estatal (España y América Latina, con la excepción de Uruguay), o *mixto*, como en Italia, donde, tras una amplia tradición de autorregulación unilateral, se aprobó en 1990 una ley que, además, puede definirse como expresión relevante de legislación negociada[20].

Las bondades del modelo autorregulado son los defectos del heterregulado, de modo que, siguiendo a Von Potobsky, para ambos casos[21], se puede señalar que a favor de la autorregulación está el hecho de que en materia de huelgas puede resultar difícil imponer una normativa que no cuente con el consenso de los sindicatos y los trabajadores, en tanto que se atribuye una mayor eficacia a las normas que los sindicatos mismos se impongan, ya que conllevan un mayor compromiso de real cumplimiento y aplicación, tanto más en los servicios esenciales donde los inconvenientes y perjuicios sufridos por la comunidad acarrean el peligro de una pérdida de imagen e inclusive franco desprestigio. A su vez, en el caso de la heterorregulación, si bien las normas son impuestas desde fuera, se aplican a todos (no hay posibilidad de grupos independientes que no respeten la autorregulación) y superan la tibieza de ser juez y parte.

En este contexto, la experiencia mixta de Italia es la que puede aprovechar las ventajas de uno y otro modelo, y por ello puede resultar la más aconsejable, sobre todo en países como el Perú donde la radicalidad del cambio parece no hacerlo viable. En todo caso, si bien una relevante opinión avizoraba una tendencia hacia la autorregulación a comienzos de los años noventa, en los hechos no se avizoraba un viraje

cit., párrs. 574-578) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (*Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párrs. 199 y 200).

(20) Sobre la peculiaridad italiana en este tema hay dos relevantes trabajos publicados en español: CARINCI, Franco, "La autorregulación en la Ley Nº 146, del 12 de junio", en *Revista Debate Laboral*, Nº 8-9, San José de Costa Rica, 1991; y MARIUCCI, Luigi, "La ley sobre la huelga en los servicios públicos esenciales: problemas cerrados y abiertos", en *Revista Debate Laboral*, Nº 8-9, San José de Costa Rica, 1991.

(21) VON POTOBSKY, Geraldo, "La huelga en los servicios públicos esenciales", en *Revista Debate Laboral*, Nº 8-9, San José de Costa Rica, 1991, pp. 94 y 95.

hacia la autorregulación. En nuestro país, el tema se encuentra bien asentado en el extremo más intervencionista del modelo latinoamericano de relaciones laborales.

A continuación, expondremos los campos tradicionales en los que se suele desarrollar la regulación del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales: definición, restricciones posibles y determinación de los alcances.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE SERVICIOS ESENCIALES Y DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

A continuación vamos a presentar los alcances básicos de los límites al ejercicio del derecho de huelga derivados de los servicios esenciales, debiendo señalarse que los estándares internacionales a que se alude se refieren a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Ello porque en ausencia de una norma aprobada por esta institución (organismo multilateral) que se ocupe de nuestro tema, pero considerándolo como uno de los medios esenciales derivados de la libertad sindical de que disponen los trabajadores para promover y defender sus intereses profesionales, estos órganos han producido una frondosa construcción *jurisprudencial* a partir de la cual se juzgan las afectaciones nacionales de la libertad sindical que se producen en este terreno.

Además de ello, teniendo en cuenta la riqueza de temas tocados por estos pronunciamientos, trataremos de citarlos textualmente para que el lector pueda apreciar la información de primera mano.

3.1. Definición de servicios esenciales

Si vemos las diversas regulaciones existentes legales y jurisdiccionales en materia de servicios esenciales en el mundo y el mucho mayor número de obras académicas dedicadas a este tema, se constata una gran variedad de técnicas de abordaje, que van desde una simple definición (técnica de la definición general), dejando la evaluación específica para cada ocasión, hasta quienes no los definen pero sí señalan un listado de servicios que

deben entenderse involucrados en esta restricción del ejercicio del derecho de huelga (técnica de la definición en numerativa)[22].

En un contexto tan variado como diferente puede ser el sustrato valorativo que lo involucra, es necesario buscar un referente que pudiera establecer el estándar internacional que se debe respetar, lo que nos lleva al campo del Derecho internacional del trabajo y, especialmente, al de la OIT.

En este marco, en 1983 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, formuló una definición, que fue acogida inmediatamente por el Comité de Libertad Sindical[23], en los siguientes términos: "Solo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población"[24].

Esta definición estricta se condice con lo desarrollado hasta ahora, en la medida que estamos hablando de un derecho constitucional al que hay que garantizarle prima facie un desarrollo pleno, que solo puede ser restringido ante la presencia de bienes jurídicos de igual o mayor trascendencia. Por tanto, y en buena técnica jurídica, no se puede sino concordar con la Comisión de Expertos de la OIT cuando afirma que "al tratarse de una excepción al principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de este principio deberían definirse de forma restrictiva"[25].

En este marco, no basta con que un derecho esté recogido en la Constitución para que obtenga la consideración de esencial (sentido amplio de

---

(22) Sobre definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales de servicios esenciales en América Latina, véase ERMIDA URIARTE, *La huelga en los servicios esenciales*, cit. Para Europa, véase VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 113 y ss.

(23) La secuencia histórica la señalan GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", en *Revista Internacional del Trabajo*, Nº 4, Vol. 117, Ginebra, 1998, p. 482.

(24) Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 581 y 583; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párrs. 159 y 160.

(25) Ibídem, párr. 159.

la acepción), ni mucho menos que se trate de un servicio simplemente público, porque "ello llevaría indefectiblemente a la hipertrofia del concepto"[26]; debe tratarse de prestaciones vitales de la sociedad al punto de restringir un instrumento esencial en la configuración del Estado constitucional de Derecho.

Más allá de poner el énfasis en la esencialidad o *inaplazable necesidad*[27] del servicio, los propios órganos de control de la OIT han considerado adecuadamente que lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto depende en gran medida de las condiciones propias de cada país[28] (en una isla, el transporte marítimo sería esencial, por ejemplo), por lo que sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse esenciales[29].

Dentro de tal consideración, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha considerado como esenciales a los siguientes[30]:

- El sector hospitalario.
- Los servicios de electricidad.
- Los servicios de abastecimiento de agua.
- Los servicios telefónicos.
- La Policía y las Fuerzas Armadas.
- Los servicios de bomberos.
- Los servicios penitenciarios públicos o privados.

---

(26) En términos muy gráficos de OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 537.

(27) Para usar el término que usa el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo español N 17/1977, en su artículo 10º.

(28) *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 581.

(29) Como afirma la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 159.

(30) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 585.

- El suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares.
- El control del tráfico aéreo.

A su vez, ha declarado que no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término[31]:

- La radio televisión.
- Los sectores del petróleo.
- Los puertos (carga y descarga).
- Los bancos.
- Los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos.
- Los grandes almacenes y los parques de atracciones.
- La metalurgia y el conjunto del sector minero.
- Los transportes en general.
- Los pilotos de líneas aéreas.
- La generación, transporte y distribución de combustibles.
- Los servicios ferroviarios.
- Los transportes metropolitanos.
- los servicios de correos.
- El servicio de recolección de basuras.
- Las empresas frigoríficas.
- Los servicios de hotelería.
- La construcción.
- La fabricación de automóviles.
- Las actividades agrícolas.
- La Casa de la Moneda.
- La Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco.

(31) Ibídem, párr. 587.

- El sector de la educación.
- Las empresas de embotellamiento de agua mineral.

Como se ve, ya son muchos años de tratamiento del tema por los órganos de control de la OIT, de modo que el test derivado de la definición tiene un amplio rodaje con numerosos resultados que permiten tener una clara idea de aquellos servicios cuya naturaleza y relevancia conduce a un condicionamiento del ejercicio del derecho de huelga. Además, hacemos notar que la educación ha sido declarada en reiteradas ocasiones como ajena al ámbito de los servicios que afectan la autotutela colectiva, con alguna peculiaridad referida a los directores y subdirectores, como veremos posteriormente.

Por otra parte, y sin que pudiera ser de otra manera en función de los valores en juego considerados en la definición, *la educación* aparece expresamente excluida del ámbito de los servicios esenciales, con muchos pronunciamientos al respecto(32), habiendo declarado específicamente para este sector que "si bien el sector educación no constituye un servicio esencial, el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones e incluso puede ser prohibido"(33).

A lo anterior se ha agregado que "los argumentos que se han esgrimido de que tradicionalmente los funcionarios públicos no gozan del derecho de huelga porque el Estado, en su calidad de empleador, tiene mayores obligaciones respecto de su protección, no han convencido al comité de que debe cambiar de actitud respecto del derecho de huelga del personal docente"(34). Finalmente, se ha enfatizado que, "las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza no justifican su prohibición"(35).

---

(32) Véase, además de la cita anterior, 310° informe, caso N° 1928, párrafo 172; caso N° 1943, párrafo 226; 311° informe, caso N° 1950, párrafo 457; 320° informe, caso N° 2025, párrafo 405; 327° informe, caso N° 2145, párrafo 302, caso N° 2148, párrafo 800; 329° informe, caso N° 2157, párrafo 191; y 330° informe, caso N° 2173, párrafo 297.

(33) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 588.

(34) Ibídem, párr. 589.

(35) Ibídem, párr. 590.

3.2. Servicios que devienen en esenciales

El instituto de los servicios esenciales, al tener como norte impedir la suspensión o alteración de ciertas prestaciones vitales para la comunidad, en los términos ya vistos, tiene que mostrar una maleabilidad suficiente como para actuar en todas las circunstancias en que pueda producirse tal afectación.

En función de ello, el Comité de Libertad Sindical ha previsto la existencia de servicios que si bien no son originariamente esenciales, y que, por tanto, no deben sufrir restricciones *ab initio* en el ejercicio de sus expresiones de autotutela, sí devienen en esenciales "cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población"(36).

Es el caso, por ejemplo, del servicio de recojo de basura, que si se paraliza por 24 ó 48 horas no significa un peligro para la vida o la salud que justifique limitar el ejercicio del derecho de huelga, pero si se prolonga 15 días va a comenzar a afectar los valores protegidos por este instituto y puede someterse entonces a las limitaciones que entraña.

3.3. Restricciones que pueden imponerse, garantías compensatorias y cuantificación independiente de los servicios mínimos

En el terreno de los límites que pueden imponerse al ejercicio del derecho de huelga en un servicio esencial, se puede ir desde la prohibición total de la huelga, hasta la imposición de un servicio mínimo que impida que durante la paralización de labores se afecten los bienes tutelados, pasando por la presencia concomitante, en este último caso, de preavisos más o menos extensos, o sujeción a etapas de conciliación o mediación previos a la iniciación del conflicto.

Respecto a estos últimos, en los servicios esenciales se han admitido como válidos preavisos hasta de 20 días o se han impuesto cláusulas de contemporización que introducen periodos de reflexión de hasta 40 días antes de la declaración de una huelga(37).

(36) Ibídem, párr. 582.

(37) Ibídem, párrs. 553 y 554.

Por otra parte, la restricción más radical (prohibición) solo puede imponerse cuando estamos ante servicios esenciales en sentido estricto, y para que sea válida debe venir acompañada de *garantías compensatorias apropiadas* consistentes en procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas y en lo que los laudos dictados deban ser aplicados por completo y rápidamente(38). Se trata, pues, de la imposición de mecanismos alternativos de solución de conflictos, participativos y que den una solución rápida, imparcial y de cumplimiento efectivo, de manera que la autotutela de la que se priva a los trabajadores en función de los valores esenciales de la sociedad, no los deje absolutamente desprotegidos.

Se puede sacrificar el ejercicio del derecho de huelga en un contexto como el que estamos analizando, siempre y cuando se les otorgue una compensación: que procedimientos participativos o una institución imparcial les garantice a los trabajadores una solución ponderada a sus reivindicaciones cuyo cumplimiento, a su vez, venga garantizado por el Estado.

En el caso que se opte por imponer la prestación de servicios mínimos, debe quedar claramente señalado que, como su nombre indica, el alcance de estos no puede llevar a que todos los trabajadores involucrados tengan que prestar servicios o que las actividades afectadas por la huelga tengan que llevarse a cabo con normalidad. De lo que se trata es que no se suspendan los servicios que puedan afectar directamente los valores tutelados.

De allí que los temas clave en los servicios mínimos sea la forma de determinarlos y su dimensión. En el primer caso, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que en su determinación deben participar no solo las autoridades públicas sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas, dado que "ello permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos"(39).

---

(38) Ibídem, párrs. 595-596; y, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 161.

(39) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 612.

Asimismo, en lo que se refiere a su dimensión, estos deben corresponder a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer los derechos protegidos[40]. Se deben limitar a lo estrictamente indispensable, ya que así se "contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga como resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto"[41].

Así, de modo global y elocuente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado con precisión que el servicio mínimo "debe satisfacer por lo menos dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas. Sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y la organización del servicio mínimo no se celebraran durante los conflictos de trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesarias"[42].

Finalmente, para todo ello es necesario que se definan previa y claramente los servicios mínimos que se deben mantener y que si existe alguna controversia sobre su amplitud dicha divergencia sea resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o la empresa concernidos[43]. A lo que ha agregado que un pronunciamiento definitivo sobre el nivel de servicios mínimos requeridos en un caso concreto solo puede ser realizado por la autoridad judicial, "toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga"[44].

---

(40) Ibídem, párr. 610.

(41) Ibídem, párr. 612.

(42) Ibídem, párr. 161.

(43) Ibídem, párr. 613.

(44) Ibídem, párr. 614.

3.4. Otros supuestos en los que puede imponerse un servicio mínimo

Siendo los servicios mínimos la restricción más utilizada en el terreno de las limitaciones externas de la huelga a las que nos estamos refiriendo en este trabajo, debemos señalar, sin embargo, que trascienden el campo de los servicios esenciales en sentido estricto para presentarse también en otros supuestos, donde hay intereses relevantes que cautelar. Así, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha previsto la posibilidad de imposición de este límite al ejercicio del derecho de huelga en los siguientes casos: i) cuando huelgas de cierta extensión podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de la población podrían estar en peligro; ii) en los servicios públicos de importancia trascendental[45]; y iii) para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones (servicio mínimo de mantenimiento y seguridad)[46].

De los tres casos, vamos a desarrollar, a continuación, el segundo, por ser el que requiere mayor precisión y porque tiene vinculación con el tema de los servicios esenciales en sentido estricto y con el servicio público educativo en el que aterrizará finalmente este trabajo.

La diferencia fundamental entre los servicios esenciales y los de importancia trascendental, más allá del dato preciso que los segundos son valores cardinales para las personas y la sociedad distintos de la vida, la salud y la seguridad, radica en que para el primer caso la naturaleza vital de los servicios permite hasta la prohibición de la huelga, con las garantías compensatorias y demás salvaguardias que se han referido anteriormente, en tanto que en el segundo caso ello no es posible.

Así y al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que "un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total en las situaciones en las que no parece justificada una limitación importante o la prohibición de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los

---

(45) Ibídem, párr. 606; y, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 160.

(46) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 604 y 605.

trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios"[47].

El listado de servicios públicos de importancia trascendental es numeroso, ya que se les ha otorgado esta condición, a efectos de la posibilidad de imponerles un servicio mínimo a los siguientes: transbordadores en las islas, de la empresa nacional de puertos, metro y subterráneos, transporte ferroviario, transporte de pasajeros y mercancías, correos, recolección de basuras, instituto monetario, bancos, petróleo y división de sanidad animal ante el brote de una enfermedad contagiosa[48].

Especial mención requiere el *sector educación*, en la medida en que el Comité de Libertad Sindical ha considerado que puede ser objeto de imposición de un servicio mínimo solamente en casos de huelgas de larga duración y en consulta plena con los interlocutores sociales[49].

Ello quiere decir que dentro de los estándares internacionales el sector de la educación no es un servicio esencial originario ni deviene en tal, y tampoco puede ver restringido su derecho de huelga a partir de la imposición de un servicio mínimo antes del inicio de suspensión o alteración en el dictado de clases (con finalidad reivindicativa). Solamente se abre esta última posibilidad cuando estemos frente a una prolongada huelga y tras un diálogo permanente con las organizaciones de los trabajadores.

4. LA REGULACIÓN PERUANA DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y LA NUMEROSA LISTA DE VULNERACIONES DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL SECTOR EDUCACIÓN

4.1. Marco constitucional y legal

Tras reconocer el derecho de huelga, el artículo 28°.3 de la Constitución agrega que el Estado lo regulará para que se ejerza en armonía con el *interés social*, de donde no resulta difícil deducir que se está ingresando al terreno de los límites externos por referirse a la necesaria conciliación que

(47) Ibídem, párr. 607.

(48) Ibídem, párrs. 615-626.

(49) Ibídem, párr. 625.

tiene que procurarse entre el ejercicio de la autotutela de los trabajadores y otros bienes de importancia vital con los que convive.

Bien es cierto que, como lo criticara tempranamente Cortés[50], y fuera así asumido y finalmente redefinido por el Tribunal Constitucional[51], la categoría de *interés social* resulta equívoca e inadecuada, por lo que debe entenderse como interés público, para que esté al nivel del interés también público de máximo rango que hay tras la constitucionalización del derecho. Sin embargo, más allá de ello, no cabe la menor duda también que, aunque no mencionados por su nombre, en este condicionamiento del ejercicio del derecho de huelga tienen plena cabida fundamentalmente los servicios esenciales. A mayor abundamiento, la misma norma constitucional agrega que la ley señala las limitaciones del derecho de huelga, lo que más allá de involucrar también a los servicios esenciales dará cobertura al establecimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho (preavisos, mayorías, etc.).

Estamos pues, ante las consecuencias de la consideración de la huelga como derecho constitucional, que lleva a insertarla en el sistema de derechos de tal ámbito, con los consiguientes ajustes que permitan una coexistencia armónica entre tan relevantes bienes jurídicos.

En este marco, la preexistencia de un régimen legal que regulaba el ejercicio del derecho de huelga en los *servicios públicos esenciales* no presentaba formalmente problemas cuando entró en vigencia la Constitución de 1993; entonces, lo que se debe juzgar es el fondo de las regulaciones consagradas en el Decreto Ley N° 25593, llamado Ley de Rela-

---

(50) CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, "La huelga en la Constitución de 1993", en *Asesoría Laboral*, Lima, enero 1994, p. 32, quien afirma que "el término interés social no ha sido el más feliz, en tanto en estricto significa aquél interés que corresponde a un grupo social determinado. El término interés social debe ser reinterpretado como sinónimo de interés público. Este es el interés social que por su importancia y por una determinada valoración se publifica y se considera como un interés de toda la sociedad".

(51) En la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, en cuyo Fundamento N° 42 se afirma que "debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28° de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social. En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida. En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto".

ciones Colectivas de Trabajo (en adelante, DLRCT) y por su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

Muy brevemente, el régimen legal previsto en este campo, cuyo análisis puntual y detallado ha sido formulado de manera clara por Blancas Bustamante[52], parecía partir de una prohibición del ejercicio de la huelga al comenzar estableciendo dentro del capítulo de la negociación colectiva un arbitraje obligatorio en el caso de los servicios esenciales (artículo 67º del DLRCT).

Sin embargo, y contradictoriamente, en el capítulo referido a la huelga se regulaba la posibilidad de llevarla a cabo con la obligación de seguir laborando cuando se trata de los servicios esenciales (artículo 82º del DLRCT). Al respecto, en el artículo 83º de la misma norma, se partía de considerar como servicios esenciales a los siguientes:

a. Los sanitarios y de salubridad.
b. Los de limpieza y saneamiento.
c. Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
d. Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
e. Los de establecimientos penales.
f. Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
g. Los de transporte.
h. Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales.
i. Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia.
j. Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes.

Agregaban a ello, que los servicios mínimos están referidos a las actividades que así lo exijan y que los trabajadores deberán garantizar la presencia del personal indispensable para que no se vean afectados. Se disponía, asimismo, que los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, incurrirán en falta grave (artículo 82º).

(52) CORTÉS CARCELÉN, "La huelga en la Constitución de 1993", cit., p. 32.

Finalmente, se establecía que la determinación del servicio mínimo debería hacerse en el primer trimestre de cada año por el empleador, en consulta con los representantes de los trabajadores, los que podían impugnar la decisión final ante la autoridad administrativa de trabajo si no estaban de acuerdo con el volumen señalado (artículo 82°).

4.2. Las observaciones del Comité de Libertad Sindical y las reformas a la regulación original

Como el DLRCT fue objeto de la presentación de siete quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, planteadas por diversas organizaciones sindicales nacionales e internacionales, este órgano de control concluyó formulando 16 observaciones, de las que resultan referidas al tema de nuestro interés las siguientes:

- El sometimiento a arbitraje obligatorio cuando no hay acuerdo en la negociación directa o en conciliación.
- La lista de servicios públicos esenciales que se consideró demasiado larga y que incluía servicios que no lo son en el sentido estricto del término[53], específicamente, el inciso j de dicho artículo referido a aquellos servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para bienes.
- La potestad de la autoridad de trabajo de establecer, en caso de divergencia en cuanto al número y ocupación de los trabajadores que deben integrar el servicio mínimo. Dicha divergencia debería ser resuelta por un organismo independiente.

Con la recuperación de la democracia, se reformó el DLRCT a través de la Ley N° 27912 para adecuarlo a los estándares internacionales, lo que dio como resultado que en el tema de los servicios esenciales se elimine el arbitraje obligatorio, derogando el artículo 67° del DLRCT y se suprima el inciso j del artículo 83°. Queda pendiente excluir algunas actividades de la relación legal de servicios esenciales, cuya inclusión no tiene justificación alguna, como puede ser el caso de los grifos, empresas que comercia-

(53) Al respecto, véase la larga lista de servicios no considerados como esenciales por el Comité de Libertad Sindical, referida en el punto 3.1. de este trabajo, en los que hay muchos de los contenidos en la relación contenida en el artículo 83° del DLRCT.

lizan gas doméstico o las empresas de transporte que estarían involucradas en la norma al no tener una definición legal de servicios esenciales que permita encuadrar la limitación dentro de conflictos de gran dimensión que interrumpan la prestación de servicios básicos para la sociedad en los términos señalados por los estándares internacionales.

Finalmente, y como resultado de las presiones de ciertos congresistas norteamericanos que condicionaban su conformidad con la suscripción de un Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos a ciertas reformas laborales, se modificó el reglamento del DLRCT para indicar que en caso de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos, esta controversia deberá ser resuelta por una autoridad independiente.

4.3. La regulación legal de la educación como servicio esencial

A la luz de lo dicho, estábamos en un contexto de paulatina adecuación de nuestra legislación a los estándares internacionales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, y, especialmente, del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales; pero como los impulsos externos demuestran que las convicciones estatales al respecto son escasas o inexistentes, se ha abierto un nuevo frente al respecto, la declaración de la educación básica regular como un servicio esencial, imponiéndole una serie de restricciones al ejercicio del derecho de huelga que, como veremos, nos conducirán a una nueva confrontación con los parámetros internacionales que el Perú está obligado a respetar.

A continuación veremos los alcances y adecuación constitucional de la Ley N° 28988 (en adelante, la Ley), que declara a la educación básica regular como servicio público esencial (publicada el 21 de marzo del presente año), la Resolución Ministerial N° 080-2007-ED (publicada el 23 de febrero de 2007) y el Decreto Supremo N° 017-2007-ED (en adelante, el Reglamento), que desarrolla la Ley (publicado el 3 de julio de 2007).

4.3.1. La Ley N° 28988: alcances y validez de la declaración de la educación como servicio público esencial

Teniendo como telón de fondo el derecho constitucional a la educación (recogido también en tratados internacionales), la Ley N° 28988

declara de manera escueta a la educación básica regular como servicio público esencial y le encarga a la administración disponer las acciones orientadas a asegurar los servicios correspondientes (artículo 1°). Añade a ello que tal declaración *no afecta los derechos constitucionales ni los reconocidos por los tratados internacionales a los trabajadores* (artículo 2°). Finalmente, dispone su reglamentación en el término de 30 días a partir de su entrada en vigencia (artículo 4°).

El análisis de estas disposiciones nos lleva a señalar, en primer lugar, que si bien es claro que se trata de no suspender las actividades laborales en la educación, las acciones que a ello se dirijan no deben conducir a afectar los derechos constitucionales. Qué duda cabe que el derecho involucrado directamente en ambos supuestos es el de huelga, pero, habida cuenta de la ambigüedad en que suele moverse el Congreso en estos campos, podría decirse que una lectura sistemática de los dos primeros artículos de la Ley conduce a concluir que se autoriza a la administración a implementar todas las acciones que encuentre posibles, menos las que afecten al derecho de huelga, que, además, por ser un derecho constitucional debe reglamentarse vía Ley en sentido formal, es decir norma emanada del Parlamento.

Sin embargo, las normas posteriores nos han evidenciado exactamente lo contrario: las únicas medidas implementadas reglamentariamente tienen que ver con el derecho constitucional de huelga y el sentido de su regulación, como veremos posteriormente, es muy reglamentarista y restrictivo, por lo que, inicialmente, se puede llamar la atención sobre un grave problema en esta regulación que se ocupa de materia reservada a la ley, ingresa en un terreno en el que el artículo 2° de la Ley no le permite la entrada y encima lo hace con una regulación que restringe el ejercicio efectivo del derecho.

En segundo lugar, y poniéndonos ya en el caso de la derivación hacia el derecho de huelga en que ha terminado la reglamentación, habría que señalar que la vía elegida es también especial, puesto que si el objetivo era únicamente regular el ejercicio del derecho de huelga a partir de considerar a la ecuación básica regular como un servicio esencial, lo correspondiente hubiera sido reformular el artículo 83° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO del DLRCT), agregándole la educación básica regular a la relación de servicios públicos esenciales allí consagrados.

Decimos esto porque si bien esta norma está dirigida centralmente a regular las relaciones colectivas de trabajo de los trabajadores sometidos al régimen de la actividad privada, el artículo 86° de la misma dispone que la huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público se sujetará a las normas por ella prevista, en cuanto le sean aplicables.

De lo dicho, se puede ver que el legislador ha elegido un camino específico sin mayor justificación, más allá, tal vez, de intentar darle una mayor amplitud a la declaración de servicio esencial de la educación básica regular y no encorsetarla en el ámbito exclusivo de la huelga. En todo caso, resulta evidente que las consecuencias de tal declaración se insertan en el ámbito de la suspensión del servicio por razones reinvindicativas.

Sin embargo, habría que tener presente que esta regulación específica no impide que se siga aplicando lo previsto en el Título "Huelga" del TUO del DLRCT, hasta que se produzca la reglamentación específica y, más allá de ello, en todo lo que no se haya previsto en el Reglamento.

Teniendo a la vista todo lo señalado anteriormente, resulta más o menos fácil deducir que, con los estándares internacionales a la mano, los servicios educativos no pueden ser considerados como un servicio esencial a efectos laborales (restricción de la huelga). Ello, ni siquiera reconociendo las graves consecuencias que a largo plazo pueden tener estas huelgas, frente a lo que lo único que cabe es la imposición de un servicio mínimo. Finalmente, se ha reconocido que sí se puede restringir y hasta prohibir el derecho de huelga de los directores y subdirectores[54] [55].

En este contexto, la Ley N° 28988 colisiona directamente con los alcances de los derechos y las obligaciones establecidos en el Convenio N° 87 de la OIT, por lo que su validez jurídica resulta cuestionada radicalmente. Habría que tener presente que la interpretación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del Estado tiene que hacerse de conformidad con los tratados internacionales que el Perú ha ratificado, por lo que la Ley analizada termina afectando los alcances del derecho de huelga reconocido por el artículo 42° a los servidores públicos, en la

(54) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 590.

(55) Ibídem, párr. 588.

medida en que los alcances del mismo tienen que establecerse de conformidad con lo previsto por las normas internacionales.

4.3.2. El Reglamento de la Ley Nº 28988: el Decreto Supremo Nº 017-2007-ED

El 3 de julio del presente año se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo Nº 017-2007-ED, desarrollando los alcances de la Ley anteriormente comentada, con la finalidad de asegurar la continuidad del servicio educativo en caso de cualquier paralización de labores que no sea la correspondiente al periodo vacacional. Al respecto, veamos a continuación una cuestión previa y los principales alcances de la regulación.

a. Cuestión previa: el Reglamento se ocupa de materias no previstas por la Ley

Los reglamentos de desarrollo no son normas autónomas que establecen regulaciones sobre temas libremente elegidos por la administración, sino que se trata de regulaciones que buscan desarrollar lo previsto en una Ley. Esta facultad debe ser ejercida, además y según señala el artículo 118º.8 de la Constitución del Estado, sin transgredir ni desnaturalizar la ley que se busca precisar.

Si se tiene a la vista la posibilidad de considerar que la Ley Nº 28988 no permite la afectación del derecho de huelga, en el caso bajo análisis, nos encontramos ante un reglamento que se ocupa de un tema que: a) no se menciona en la Ley a desarrollar (la huelga); b) se trata de un derecho fundamental y, por tanto, su ejercicio tiene que regularse por ley en sentido formal (emanada del parlamento); y, c) más aún, en la Ley a reglamentar se dice claramente que la declaración como servicio público de la educación básica regular no afecta los derechos constitucionales ni los reconocidos por los tratados internacionales a los trabajadores, y la huelga tiene expresa recepción constitucional e internacional.

Desde este ángulo, entonces, estamos ante una norma reglamentaria que excede claramente su función y que, por lo tanto, tiene un vicio insalvable.

Tras esta primera observación global, veamos a continuación la regulación reglamentaria de algunos temas relevantes que se tratarán con algún detalle en la medida en que entrañan.

b. Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación

El Reglamento es aplicable al personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio de las instituciones educativas públicas que imparten educación en los niveles de educación inicial, primaria y secundaria de la educación básica regular.

El Reglamento se destina a regular las acciones dirigidas a la no interrupción del servicio educativo público, en la educación básica regular (inicial, primaria y secundaria), *en caso de paralización de labores* del personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio (artículo 5° del Reglamento).

En esta materia, se define la *paralización de labores*, y sus dos vertientes: la *huelga* y las *formas irregulares de suspensión de servicio educativo*.

En el caso de la *paralización de labores*, se señala que se trata de toda forma de suspensión del servicio educativo llevada a cabo por decisión unilateral del personal aludido anteriormente, cualquiera sea el motivo invocado, la denominación que se le dé y la forma de llevarla a cabo.

En el caso de la *huelga* parece definirse a cualquier suspensión de actividades en la ecuación básica regular que se lleve a cabo cumpliendo con los requisitos exigidos por el Reglamento.

Finalmente, en el caso de las *formas irregulares de suspensión del servicio educativo*, se hace referencia a los paros y cualquier otro tipo de interrupción del servicio educativo por decisión del personal antes mencionado, sea cual fuere la denominación que se le dé, que no constituya el ejercicio del derecho de huelga declarada cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento. Se agrega que la utilización de estas formas será declarada ilegal.

Antes de ingresar al análisis de régimen legal de ejercicio del derecho de huelga, se debe señalar que la consideración de ilegales que recae sobre las denominadas *formas irregulares de suspensión del servicio educativo* contraviene lo previsto por los órganos de control de la OIT, que han señalado específicamente en el caso de la regulación general de la huelga (el artículo 83° del TUO del DLRCT), que estas modalidades atípicas de huelga son válidas en tanto conserven su carácter pacífico(56).

(56) Ibídem, párr. 545; y, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, cit., párr. 173.

c. Régimen del derecho de huelga

c.1. Titularidad

En primer lugar, habría que destacar que se otorga la titularidad del derecho de huelga únicamente a las organizaciones sindicales inscritas en el Registro Sindical de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos (ROSSP, en adelante), por lo no quedan excluidos del ejercicio de este derecho los sujetos colectivos no institucionalizados (asambleas de trabajadores) y que carezcan inscripción en el ROSSP. Se agrega, además, que los miembros de la Junta Directiva deben estar debidamente inscritos en el ROSSP.

c.2. Procedimiento

Órgano competente

La declaración de huelga debe presentarse ante el Ministerio de Educación, salvo que se trate de paralizaciones regionales convocadas por organizaciones sindicales regionales y con pliegos de reclamos específicos, en cuyo caso la competencia recae en la Dirección Regional de Educación, en primera instancia, y el Gobierno regional, en segunda instancia.

Requisitos

La organización debe comunicar la decisión de huelga con una anticipación de diez días útiles, acompañando:

- Especificaciones respecto del ámbito de la huelga, motivos, duración y día y hora de iniciación.
- Copia del acta de votación en la que se establezca que la decisión fue adoptada en la forma determinada en los estatutos, en tanto represente la voluntad mayoritaria de los afiliados comprendidos en el ámbito. En el caso de asambleas conformadas por delegados, la decisión deberá haber sido adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases.
- Copia del acta de la asamblea que deberá ser refrendada por notario o, a falta de este, por el juez de paz de la localidad.
- Nómina del personal directivo, jerárquico, docente, auxiliar de educación, administrativo y de servicio que seguirán laborando para ase-

gurar la continuidad de los servicios y actividades en las instituciones educativas involucradas en esta regulación.

- Declaración de la Junta Directiva de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose los requisitos referidos a la votación y a la asamblea.

Vistos los dos componentes básicos referidos al procedimiento necesario para plantear una huelga, habría que señalar que el primero de ellos ha sido cuestionado en reiteradas ocasiones por el Comité de Libertad sindical de la OIT, quien ha señalado repetidamente que el gobierno no debe ser quien declare la legalidad o ilegalidad de una huelga, menos aun si está implicado en el conflicto(57), como es en el caso de la educación pública aquí analizada. Al respecto, se ha dicho con claridad que "no es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública competa a los jefes de las instituciones públicas, ya que estos son jueces y parte en el asunto"(58).

En todo caso, la declaración de ilegalidad debería corresponder a un *órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza*, para seguir la propia letra de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical acabados de citar.

Asimismo, habría que señalar que los requisitos que se exigen resultan excesivos, engorrosos y formalistas llegando a convertirse en un serio obstáculo para el ejercicio de este derecho fundamental. Al respecto, habría que señalar que el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado indicando que los procedimientos legales para declarar una huelga no deberán ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal, agregando en específico que exigir la mayoría absoluta de trabajadores concernidos para declarar una huelga es un requisito demasiado elevado que podría dificultar excesivamente el ejercicio del derecho(59).

Por otra parte, *la norma carece de un procedimiento para determinar las dimensiones del servicio mínimo que debería brindarse*, señalando úni-

(57) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párrs. 628 y 629.

(58) Ibídem, párr. 630.

(59) Ibídem, párrs. 548, 556 y 557.

camente que en la comunicación de la huelga, la organización convocante debe entregar una nómina con el personal de todas las categorías que seguirán laborando para asegurar la continuidad de los servicios y actividades educativas.

Al respecto habría que señalar que hay un gran vacío en este particular, puesto que si no se ha determinado qué cargos y qué funciones deben integrar el servicio mínimo, resulta imposible que se exija la presentación de la nómina de quienes deberán continuar prestando servicios.

c.3. Reemplazo de los huelguistas

Tras la promulgación de la Ley N° 28988, se aprobó la Resolución Ministerial N° 080-2007-ED, norma que creó el Padrón Nacional de Docentes Alternos, cuya regulación se desarrolló posteriormente en el Reglamento de la Ley aludida. El eje central de este padrón gira alrededor de la creación de un registro en el que se inscriben diversos profesionales y bachilleres de la educación que prestarán servicios cuando se lleve a cabo una huelga en el sector de la educación básica regular.

Al respecto, habría que señalarse que estamos ante una grave violación de la libertad sindical, puesto que se trata de una medida que le restará efectividad al ejercicio de un derecho fundamental. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido enfáticamente que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerar como un servicio esencial en el sentido estricto del término para que pudiera constituye una grave violación de la libertad sindical(60).

5. CONCLUSIONES

- La huelga es un derecho constitucional y como tal debe acoplarse armónicamente con otros derechos del mismo orden, lo que impone ciertas *limitaciones* a su ejercicio cuando nos encontramos frente a derechos de igual o superior valor. Para salvaguardar estos derechos superiores el ordenamiento jurídico califica de servicios esenciales a aquellos que son requeridos ininterrumpidamente para mantener incólumes los derechos tutelados.

(60) Ibídem, párr. 632.

- Los servicios esenciales se predican en función de los bienes a los que tutelan y no de la titularidad pública o privada de quienes los administren o presten. De allí que se haya dejado de lado la denominación inicial de servicios públicos esenciales.
- Como limitación de un derecho fundamental, la consideración de servicios esenciales debe entenderse siempre en un sentido estricto. En tal sentido, los órganos de control de la OIT han definido como servicios esenciales a aquellos cuya interrupción podría poner en riesgo la vida, salud o seguridad de la persona en todo o parte de la población. En estos casos se puede prohibir la huelga y sustituir la autotutela con mecanismos de solución de conflictos independientes, rápidos y cuyas decisiones sean de obligatorio cumplimiento.
- También puede optarse por una solución menos drástica y permitir la huelga a cambio de que se impongan servicios mínimos que impidan que se afecten los bienes jurídicos tutelados. Estos servicios deben reducirse a los estrictamente necesarios para su finalidad, deben ser negociados por las partes y, si no se llega a un acuerdo, determinados por una autoridad independiente.
- Hay supuestos distintos a los servicios esenciales en los que se puede imponer también la prestación de un servicio mínimo, pero en el caso de la educación los órganos de control de la OIT han señalado que solo podría presentarse el caso cuando se trate de una huelga que se haya prolongado mucho en el tiempo.
- Nuestra Constitución acoge la existencia de límites externos a la huelga, al señalar que debe ejercerse en armonía con el interés social, lo que ha sido precisado por el Tribunal Constitucional como referido al interés público. El Decreto Ley N° 25593, regula el tema de los servicios esenciales tanto para el sector privado como para el público.
- Esta regulación fue objeto de tres grandes observaciones y las regulaciones afectadas han sido reformadas casi totalmente en la línea de cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de las normas internacionales de trabajo, ya sea voluntariamente o impulsado por las presiones derivadas de la necesidad de aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.
- La declaración de la educación básica regular como servicio público esencial va contracorriente y muestra la debilidad o ausencia de convicciones en el Estado peruano respecto de la observancia de las

obligaciones internacionales, en la medida en que, siendo muy relevante para la vida social y el desarrollo del país, no encuentra cabida en el terreno de las limitaciones externas del derecho de huelga, de conformidad con los convenios internacionales que el Perú ha ratificado.

- Además de lo señalado en la conclusión anterior, las normas reglamentarias vulneran los estándares internacionales en esta materia: i) al dejar en manos del propio Ministerio de Educación la declaratoria de legalidad o ilegalidad de la huelga; ii) al establecer requisitos excesivos, engorrosos y formalistas que obstaculizan el ejercicio del derecho de huelga; iii) al carecer de una determinación de la dimensión del servicio mínimo, por lo que vuelve imposible la legalidad de la huelga al obligar al sindicato a entregar la relación de trabajadores que deben prestar servicios sin señalar de qué servicios se trata; y, iv) al permitir la contratación de sustitutos para los trabajadores huelguistas.

EL NUEVO ROSTRO DE LAS MEDIDAS DE AUTOTUTELA PATRONAL

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

SUMARIO: 1. La necesidad de prestar atención a la autotutela patronal y sus transformaciones. 2. Una modificación radical de las estrategias empresariales ante los conflictos. 3. Márgenes de licitud constitucional de las nuevas medidas empresariales de defensa en los conflictos.

1. LA NECESIDAD DE PRESTAR ATENCIÓN A LA AUTOTULELA PATRONAL Y SUS TRANSFORMACIONES

No hay estudio sobre la conflictividad laboral en el que se examine el rol que compete a los empresarios que no parta de destacar la postura defensiva que estos asumen en las controversias de trabajo. Pocas veces se advierte, de todas formas, que esta actitud es consecuencia del hecho de que, en un sistema de libertad de empresa, son siempre los empresarios quienes adoptan las decisiones básicas, a cuya revisión se dirige la acción reivindicativa de los trabajadores. Esta constatación, sin embargo, resulta decisiva para comprender que los empresarios son, en realidad, la fuerza determinante dentro de cualquier sistema de relaciones laborales, en tanto que la postura sindical, pese a ostentar por lo general la iniciativa en los procesos de negociación colectiva, es en el fondo una postura defensiva frente a la que tienen los empresarios.

Este papel medular determina que, mientras las medidas de presión constituyen herramientas imprescindibles para que los trabajadores puedan llevar a cabo, partiendo de esa situación de desventaja estructural, una tutela adecuada de sus intereses, estas mismas actuaciones no sean indispensables para los empresarios, que parten de la preexistencia de un status quo diseñado a su medida por ellos mismos, con cuya preservación pueden ver satisfechos sus intereses. Que las medidas de conflicto no constituyan una herramienta insustituible para la defensa de las pretensiones patronales en las controversias de trabajo no supone, empero, ni que los empresarios carezcan de mecanismos coercitivos susceptibles de ser utilizados en tales situaciones, ni que estos no sean capaces, llegado el caso, de recurrir a ellos con el fin de contrarrestar los efectos de las acciones puestas en marcha por la representación de los trabajadores o reforzar su posición en el marco del conflicto.

Una visión puramente pasiva del papel de los empresarios en los conflictos de trabajo, como la que podría llegar a sustentarse a partir de la sola comprobación de lo ventajoso de su posición de partida, contrasta con el rol activo que estos desempeñan como sujetos económicos. Es cierto que existen numerosas situaciones en las cuales al empresario afectado por una huelga le basta, dada la solidez de su posición, con "atrincherarse" y esperar a la conclusión del conflicto por desgaste de los participantes en la medida. No parece, sin embargo, que semejante actitud pueda ser considerada como un paradigma del comportamiento empresarial frente a las controversias colectivas, capaz de dar cuenta de las actitudes de los empleadores en todo tipo de conflictos. En realidad, no resulta concebible que un sujeto como el empresario, acostumbrado a tomar la iniciativa en todos los ámbitos, haya de conformarse siempre con adoptar una posición de simple expectativa ante los conflictos con su personal, más aún si se tiene en cuenta que este dispone, dada su condición de titular de la organización productiva, de poderes susceptibles de ser utilizados como eficaces medios de coacción sobre el colectivo de trabajadores de considerarlo necesario para la defensa de sus intereses.

La pasividad ante los conflictos de trabajo no forma parte, por consiguiente, de la esencia de la postura empresarial frente a estos, sino que constituye solo una opción de enfrentamiento de sus consecuencias, en cuya base se sitúa por lo general una valoración positiva en torno a la solidez de su posición de partida. Una opción que, por tanto, puede variar si dicha evaluación arroja un resultado distinto o concurren otras circuns-

tancias que induzcan al empresario a asumir un rol activo en defensa de sus intereses. Es por ello que, para estar en condiciones de llevar a cabo una aproximación completa al funcionamiento de la conflictividad dentro de cualquier sistema de relaciones laborales, es preciso prestar atención, no solamente a su desarrollo desde el lado de los trabajadores, sino también a las formas de reacción del lado patronal.

En consonancia con lo anterior, las páginas que siguen están dedicadas al examen de las formas de reacción empresarial frente a los conflictos de trabajo, las transformaciones experimentadas por estas en los últimos años y sus márgenes de licitud constitucional dentro del ordenamiento laboral español. Esta es una cuestión que reviste, en el caso de este país, una especial trascendencia, no solo desde el punto de vista material sino también jurídico. Esto es así en la medida en que, como habrá ocasión de explicar con detalle en las páginas que siguen, la Constitución española de 1978, a diferencia de otras de su entorno, consagra, de forma explícita, clara y concluyente, el derecho de los empresarios –y no solo de los trabajadores– a "adoptar medidas de conflicto colectivo", a través de su artículo 37º.2.

A pesar de ello, no ha sido este un tema que haya merecido en los últimos años el interés de la doctrina española. Las medidas empresariales de conflicto fueron objeto de atención en la etapa inicial de vigencia de la Norma Fundamental, a lo largo de la cual constituyó un arduo tema de debate la admisibilidad o no, a la luz de la citada disposición, del cierre patronal. Este inicial interés languidecería, sin embargo, luego de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre el particular. Al extremo de no contarse en la actualidad con ningún estudio que aborde de forma general y sistemática esta cuestión. Determinar los alcances del singular precepto que apodera a los empresarios para recurrir a medidas de autodefensa en los conflictos de trabajo, estableciendo sus relaciones con el derecho de huelga de los trabajadores, constituye, de todas formas, una tarea ineludible si se quiere ofrecer una visión acabada del marco constitucional de regulación de las relaciones colectivas de trabajo vigente en España.

El presente estudio parte de esta preocupación e intenta aportar respuestas a ella. Su propósito no es, empero, ofrecer una reconstrucción "en abstracto" de las implicaciones que posee la presencia dentro del sistema jurídico español de un precepto tan singular como el mencionado. Antes bien, en consonancia con lo antes expuesto, su propósito es estudiar la conflictividad empresarial, de forma simultánea, como fenómeno social y como objeto de regulación jurídica. Partiendo del reconocimiento de sus

formas reales de expresión, para luego confrontarlas con los mandatos que, dentro del sistema constitucional vigente, establecen los márgenes dentro de los cuales pueden desenvolverse este tipo de iniciativas.

Esta opción metodológica se funda en el convencimiento de que el conflicto y sus manifestaciones no pueden ser estudiados desde una perspectiva exclusivamente jurídica, puesto que esta óptica nos aleja de los contenidos que asume en cada momento y los factores que influyen en su configuración. Unos elementos sin los cuales resulta difícil aportar respuestas acomodadas a los problemas que en este ámbito se plantean. El punto de partida de estas reflexiones está constituido, en virtud de ello, por la realización de una aproximación a la conflictividad empresarial "realmente existente" en España en la actualidad. Una aproximación que, como se podrá comprobar inmediatamente, está en condiciones de depararnos más de una sorpresa.

2. UNA MODIFICACIÓN RADICAL DE LAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES ANTE LOS CONFLICTOS

En efecto, una aproximación al desenvolvimiento real de la conflictividad dentro del sistema español de relaciones laborales permite detectar un llamativo cambio en las estrategias y las formas tradicionales de reacción de los empresarios ante los conflictos, cuyos efectos se dejan sentir a partir de inicios de los años noventa.

En la etapa posterior a la aprobación de la Constitución, el cierre patronal o *lock out* constituyó la principal –y casi única– medida patronal de conflicto. Naturalmente, la función de este no fue hacer frente a todo tipo de huelgas, sino actuar como mecanismo especializado de defensa frente a los actos conflictivos irregulares y las paralizaciones de labores especialmente nocivas para los empresarios. En los demás casos, en cambio, todo induce a pensar que la forma más habitual de reacción frente a las huelgas estuvo representada por la adopción de estrategias de resistencia a las demandas sindicales y desgaste de los huelguistas. Ello guarda coherencia con la escasa duración promedio de las huelgas en esta etapa, expresión de la limitada capacidad de resistencia de sus participantes, así como con la hegemonía, aún clara, de un modelo productivo basado en la fabricación de productos en series largas, que proporciona a los patronos, a través de la acumulación de *stocks*, un importante margen de maniobra frente a las huelgas.

Esta situación empezará a cambiar, y además radicalmente, a inicios de los años noventa.

2.1. El mantenimiento de la producción como objetivo prioritario

En coincidencia con el inicio de la década pasada, los repertorios jurisprudenciales empiezan a dar cuenta de una cada vez más extensa gama de nuevas formas de resistencia frente a las huelgas, las cuales terminarán por desplazar al cierre patronal y erigirse en los instrumentos de autotutela patronal por excelencia.

La singularidad de estas prácticas se expresa, tanto a través del objetivo que persiguen como de la forma en que buscan alcanzarlo. Todas ellas se dirigen a evitar que la paralización consiga afectar el cumplimiento de los programas de producción de la empresa. La vía para ello no está constituida, sin embargo, por la introducción de restricciones al ejercicio del derecho de huelga. Frente a ello, se opta más bien por tratar de neutralizar sus efectos, mediante el uso en clave instrumental de los más variados poderes empresariales. Las conductas pueden ser diversas, pero el objetivo es siempre el mismo: mantener a toda costa el proceso productivo. No parar.

La sustitución de los huelguistas por personal de la empresa no participante en la protesta –el denominado "esquirolaje interno"– no constituye aquí solo la primera manifestación detectada por la jurisprudencia de una tendencia que se irá extendiendo en los años sucesivos a una gran diversidad de conductas.

La serie comprende, naturalmente, actuaciones de vocación disuasoria, dirigidas a conseguir el fracaso de la convocatoria. Estos son actos no desconocidos en el pasado, pero cuya frecuencia se multiplica. Piénsese en la publicación de comunicados o el envío de cartas, la convocatoria de reuniones, la asistencia de directivos a las asambleas, la negación de facilidades a los representantes de los trabajadores, etc.

El grupo más importante de comportamientos de este tipo, no obstante, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, está representado por aquellos que, aceptando la realización de la huelga, se dirigen más bien a neutralizar sus consecuencias económicas negativas. La siguiente es una clasificación de las distintas maneras de limitar el impacto de las huelgas detectadas en el último periodo, elaborada a partir de los datos proporcionados por los repertorios jurisprudenciales.

La primera forma de alcanzar ese resultado es, evidentemente, anticipando la realización de los trabajos que no podrán ejecutarse. La experiencia demuestra que este efecto puede ser conseguido hasta de tres maneras distintas: incrementando la carga de trabajo en los periodos no afectados por el paro y reduciéndola en aquellos en que debe realizarse, adelantando la ejecución de ciertas prestaciones o incluso, sencillamente, pactando la realización de horas extraordinarias en los días previos.

Otra manera de limitar las consecuencias del paro es derivando la producción hacia otros sujetos, para que sean estos los que se ocupen de atender la demanda durante el conflicto. Esta es una opción que se ha visto facilitada en los últimos tiempos por el auge de las estrategias de organización reticular de las actividades empresariales, que han permitido a las empresas encontrar en los grupos y en las redes de subcontratación a los que pertenecen, eficaces aliados para seguir atendiendo sus compromisos pese la paralización. Las modalidades que puede adoptar esta estrategia de desvío de pedidos son diversas. Estas pueden ir, desde su derivación a otros centros de producción de la propia empresa o a otras empresas del mismo grupo, hasta su encargo a un contratista con el que se entra en contacto con tal fin o a los contratistas o trabajadores autónomos con los que se mantiene una vinculación previa.

Un tercer expediente susceptible de dar lugar a esas mismas consecuencias neutralizadoras está constituido por la sustitución de las prestaciones de los huelguistas por otras que cumplan una función semejante. La experiencia demuestra que esta sustitución puede producirse, a su vez, de muy diversas formas.

La más elemental de todas consiste en reemplazar a los huelguistas por personal externo a la empresa (los denominados en España, con expresión de origen catalán, "esquiroles"). A pesar de encontrarse expresamente prohibida, esta es una práctica que sigue realizándose, recurriendo a procedimientos diversos: la contratación temporal de nuevo personal, la ampliación de la jornada del personal previamente cedido por una Empresa de Trabajo Temporal, el "traslado" de trabajadores de otras empresas del mismo grupo o incluso, ya al límite, la realización de las labores por el propio empresario, solo o contando con la ayuda de amigos o familiares.

Otra posibilidad, que a pesar del consenso existente en torno a su ilicitud a partir de un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la materia sigue siendo utilizada, es la de suplir a los huelguistas por trabajadores de la empresa no adherentes al paro. En este caso, la

sustitución puede producirse de dos maneras distintas: mediante el traslado del personal que labora en otros centros de trabajo, o a través del encargo de las tareas a trabajadores no huelguistas del mismo centro, a los que se les modifica –en sentido horizontal o descendente– las funciones a realizar o se les incrementa la jornada.

Una última forma de sustitución, cuyo empleo viene extendiéndose, consiste en el reemplazo de la prestación "actual" o "física" que dejan de realizar los huelguistas por otra "no actual", "virtual" o "automática", susceptible de ser realizada exclusivamente por las máquinas, si son programadas para ello. Las opciones abiertas por las nuevas tecnologías para lograr esta suerte de "esquirolaje virtual" son numerosas, en especial en los sectores de radio, televisión, banca y telecomunicaciones, se trate de la realización remota de la prestación, mediante el manejo a distancia de aparatos que normalmente son accionados desde el centro de trabajo (piénsese, por ejemplo, en la manipulación de los teleindicadores de una estación ferroviaria en huelga desde otra que no lo está), de la sustitución de la prestación por otra equivalente ejecutada por un sujeto distinto, la cual es captada y emitida automáticamente (como ocurrió en el sonado caso "Televisión Cataluña", donde esta entidad retransmitió la señal de un partido de fútbol que no podía emitir debido a una huelga conectándose a la de otros operadores) o del reemplazo de la prestación "actual" de los huelguistas por otra "inactual", cuya emisión es programada para que coincida con la huelga (conforme ocurre, por ejemplo cuando se opta por la emisión de música grabada en vez de programas en vivo en una emisora de radio en huelga).

Por último, existe constancia rigurosa del empleo con estos fines incluso de los servicios mínimos, tanto de seguridad y mantenimiento como de garantía de los servicios esenciales de la comunidad, recurriendo para ello a una serie de conductas, todas ellas claramente ilícitas, que sería vano enumerar aquí.

La emergencia de todos estos comportamientos, a la vez que producía un claro declive del cierre patronal, ha alterado substancialmente la tradicional fisonomía de los conflictos de trabajo en España. El panorama resultante se aproxima, antes que al del "asedio de la fortaleza del poder empresarial", como ocurría en el pasado, a un auténtico "campo de batalla", dentro del cual ambas partes –y no solo los trabajadores– buscan servirse de cuantos instrumentos encuentren a su alcance para defender su posición e intereses en el conflicto.

2.2. Razones estructurales del cambio de estrategia: la emergencia de un nuevo modelo productivo

Esta trasformación de las actitudes empresariales resulta especialmente llamativa si se tiene en cuenta que se produce en un contexto general de declive de la conflictividad. Ello induce a interrogarse por sus causas.

Detrás de este cambio no parece situarse un endurecimiento en la dinámica de las huelgas, –cuya frecuencia y duración han disminuido en España, en vez de aumentar en los últimos años–, sino otro tipo de factores estructurales, que hacen más necesarias que en el pasado, las formas activas de reacción empresarial. En concreto, la emergencia de un nuevo modelo productivo, que reduce la capacidad de resistencia de los empresarios ante las paralizaciones de labores, haciéndolos más vulnerables frente a estas. Este es un modelo productivo dentro del cual asume un mayor protagonismo el sector servicios, en el que la respuesta a la demanda difícilmente puede ser anticipada o pospuesta. Pero también, formas nuevas de organización de la producción más atentas a las oscilaciones de la demanda, en las que la capacidad de soportar los efectos de las huelgas se reduce severamente, al no disponerse ya del arma de los *stocks*. En ambos casos, como salta a la vista, las estrategias de desgaste carecen de sentido, puesto que el paro coloca al empresario ante el inminente e inevitable incumplimiento de sus compromisos. Antes bien, la única respuesta efectiva radica en no dejar de atender los pedidos. Es decir, en no parar, recurriendo a actos como los descritos.

Conviene advertir, de todas formas, que estos cambios no han supuesto un incremento real de la capacidad lesiva de las huelgas. No solo porque los empresarios se encuentran dotados ya, por su condición de tales, de instrumentos para anular sus efectos, sino porque la nueva situación añade a estos otros mecanismos especialmente incisivos, como la estructuración en red de las actividades productivas y las nuevas tecnologías, que sirven de eficaces antídotos para su mayor vulnerabilidad. La posición de ventaja estructural de los empresarios en los conflictos no se ve, de este modo, debilitada en lo sustancial, sino más bien fortalecida. La única diferencia es que, para hacerla efectiva, deben ahora implicarse en ellos, haciendo uso de tales mecanismos.

2.3. La funcionalidad conflictiva del mantenimiento de la producción: un dato clave para la caracterización de las nuevas prácticas empresariales

Esta última constatación nos coloca delante de un dato esencial para la caracterización de estas nuevas formas de reacción empresarial: su carácter instrumental. A pesar de su variedad, todas las conductas reseñadas tienen en común la búsqueda de un mismo resultado: impedir que la huelga despliegue sus efectos paralizantes, causando daños al empresario. Este es un dato que permite atribuirles, sin duda de ningún tipo, la condición de medidas patronales de conflicto.

Ha de tenerse en cuenta que cada una de ellas es, desde el punto de vista funcional, un "acto de beligerancia", a través del cual el empresario expresa su voluntad de lucha y su resistencia a aceptar las demandas de los huelguistas. Naturalmente, su objetivo no es ejercer presión sobre los trabajadores, sino paliar las consecuencias económicas negativas de las medidas de fuerza emprendidas por estos. Esta circunstancia, sin embargo, no permite negarles naturaleza conflictiva.

La definición de las medidas de conflicto como "instrumentos de presión" o "medios de reivindicación o lucha", se adecúa bastante bien a la lógica de actuación de los trabajadores, que necesitan de este tipo de herramientas de agresión para tratar de imponer una situación de equilibrio allí donde no existe. En el caso de los empresarios, en cambio, dado que parten de la existencia de dicho desequilibrio a su favor, las medidas de conflicto suelen dirigirse más bien a tratar de preservar ese beneficioso estatus inicial, defendiéndose de las acciones emprendidas por los trabajadores para revertirlo.

Es por esta razón que el hecho de que no exista, tratándose de las medidas descritas, el propósito de ejercer presión sobre los trabajadores no las priva de una finalidad conflicto, la cual está representada por la defensa de la indemnidad de la posición empresarial, cuya superioridad de partida garantiza a sus titulares una adecuada defensa de sus intereses en el marco del conflicto.

3. MÁRGENES DE LICITUD CONSTITUCIONAL DE LAS NUEVAS MEDIDAS EMPRESARIALES DE DEFENSA EN LOS CONFLICTOS

Indicar, como se acaba de hacer, que los actos en cuestión constituyen, materialmente, medidas patronales de conflicto no supone afirmar

o negar su licitud, sino solamente constatar un hecho, sin el que su existencia carecería de sentido. Aun así, esta es una constatación que tiene importantes repercusiones sobre la metodología a emplear para realizar esa valoración.

En efecto, dada la existencia en la Constitución española de un precepto que apodera a los empresarios para adoptar "medidas de conflicto colectivo", la delicada cuestión que plantean estas prácticas es la de determinar en qué medida pueden ser encuadradas en su ámbito y consideradas manifestaciones de este derecho de autodefensa. El cambio detectado en las estrategias empresariales de afrontamiento de los conflictos conduce, de este modo, a plantearse el problema de los alcances de este derecho desde una perspectiva distinta a la adoptada hasta el momento: la de los márgenes dentro de los cuales ampara medidas de defensivas de los empresarios distintas del *lock out*.

Este es un examen que no puede hacerse, de todas formas, sin tener en cuenta la peculiar textura de las conductas en cuestión. Y en concreto, el hecho de que, a través de ellas, sin afectar el acto huelguístico o la libertad de participar en él, se consigue neutralizar sus consecuencias.

Es evidente que a estas conductas subyace un profundo conflicto de intereses, que contrapone el interés de los participantes en la huelga a que esta despliegue sus consecuencias económicas adversas, de forma que ejerza un efecto coactivo sobre el empresario, al interés de este último de reducir esa presión, con el fin de preservar intacta su libertad de decisión. Ambos son, sin embargo, intereses susceptibles de encontrar, aunque por vías distintas, amparo dentro de la norma fundamental: el primero a través del artículo 28°, a través del cual se reconoce "el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses", y el segundo mediante el 37°, que proclama "el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo".

De allí que la única forma de aportar una respuesta consistente al dilema planteado en estas prácticas sea estableciendo la medida en que cada uno de esos intereses es objeto de tutela. Es decir, determinando los márgenes dentro de los cuales la norma fundamental ampara las acciones de autodefensa de los trabajadores y empresarios, así como por sus relaciones recíprocas. Por las relaciones, en suma, entre autotutela sindical y patronal dentro del sistema constitucional.

3.1. Las difíciles relaciones entre los derechos de conflicto reconocidos a los trabajadores y empresarios por la Constitución española de 1978

La que se acaba de indicar es una tarea que, tratándose de la Constitución de 1978, se encuentra rodeada de especiales dificultades. Ello se debe a que esta contiene preceptos que, examinados por separado, permiten sustentar la recepción de dos modelos opuestos de tratamiento de los conflictos: uno de carácter intervensionista, basado en la tutela privilegiada del derecho de huelga, sobre la base del recién citado artículo 28º; y otro de inspiración más bien liberal, proclive a admitir el uso de medidas de lucha por ambas partes sociales, apoyado en el tantas veces aludido artículo 37º.

Es importante observar, en cualquier caso, que en la base de este contradictorio planteamiento se encuentra la deliberadamente ambigua redacción del artículo 37º, que ya antes de su aprobación dio lugar a las más diversas interpretaciones sobre sus alcances y relaciones con el derecho de huelga, al extremo de que, como ha reconocido posteriormente uno de los protagonistas del proceso constituyente, cada grupo político aceptó entonces la formulación dada a este precepto "pensando que la ambigüedad favorecía sus propias tesis". No es de extrañar, por ello, que posteriormente este haya dado lugar a las más diversas y contradictorias tesis sobre sus alcances y sus relaciones con el derecho de huelga.

De allí que el primer escalón de nuestro análisis deba estar representado por la realización de una aproximación general a este enigmático precepto.

Esta aproximación permite concluir que, en su intento de ofrecer una salida basada en la ambigüedad del lenguaje al problema político planteado por quienes solicitaban el reconocimiento del cierre patronal como medida "compensatoria" de la proclamación del derecho de huelga, los autores de la Constitución española terminaron por consagrar un poder general de autotutela en cabeza de los empresarios, que los faculta para llevar a cabo, individualmente, la tutela de sus intereses en los conflictos, recurriendo a un catálogo abierto de medidas defensivas o de presión. Un catálogo dentro del cual no existe, en principio, ningún inconveniente para entender incluidos los actos dirigidos a neutralizar los efectos de las huelgas que son objeto de nuestra atención, en la medida en que concurren en estos todos los requisitos precisos para ello, incluido su necesario

carácter colectivo, que se expresa a través de la afectación que de ellos se hace del interés unitario e indivisible de los trabajadores comprometidos en el conflicto.

Con todo, tampoco parece que esta legalización de la acción directa sea capaz de legitimar todo tipo de actos conflictivos, al margen de su contenido y de su incidencia sobre otros bienes. En realidad, lo único que implica es que la finalidad coactiva o defensiva que los anima no determina de forma automática su ilicitud. Este hecho no exime, sin embargo, al acto de ser valorado desde la perspectiva del conjunto del ordenamiento jurídico, pudiendo ser considerado ilícito si se encuentra prohibido de forma expresa o lesiona bienes jurídicos sobre los que no le está permitido incidir. Esto supone que la posibilidad de causar un daño a la contraparte no puede ser considerada un componente esencial de este poder, sino más bien un elemento adicional, que puede añadirse o no a él.

Ahora bien, aun siendo así, no parece que la exigencia de que el ejercicio de este derecho no lesione otros bienes jurídicos pueda ser aplicada automáticamente y sin ningún tipo de matización al derecho de huelga, al que se encuentra estructuralmente contrapuesto, como expresión de un poder de autodefensa paralelo, pero de signo contrario. Ello dependerá de la relación que pueda establecerse entre la protección de ambos derechos dentro del sistema constitucional.

3.2. La opción inicial por la preeminencia del derecho de huelga y sus límites

¿Qué relación existe entre este indeterminado derecho de defensa empresarial y el específico poder de autotutela atribuido a los trabajadores por la Norma Fundamental?

Esta es, en el fondo, una vieja cuestión dentro del Derecho del trabajo español, a la cual dio temprana respuesta el Tribunal Constitucional en su decisiva Sentencia 11/1981, del 8 de abril, mediante el reconocimiento de la preeminencia del derecho de huelga sobre el derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto y la consiguiente declaración de la imposibilidad de que a través de este último se impida o vacíe de contenido el primero. Para el Tribunal Constitucional, la Norma Fundamental española no se funda, a diferencia de lo que ocurre en otros países del entorno europeo, en el principio de la "igualdad de armas", "de la igual-

dad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas del campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial", sino que privilegia claramente las primeras.

Esta preeminencia no se funda exclusivamente en razones sistemáticas, vinculadas con la ubicación de ambos derechos en secciones del Texto Fundamental dotadas de niveles distintos de protección, harto discutibles dada la unidad normativa de la Constitución. Antes bien, entronca con la consideración del derecho de huelga como uno de valor instrumental para la consecución de algunos de los valores básicos que sustentan el modelo de Estado social, como los de justicia e igualdad, la cual conduce al Tribunal Constitucional a atribuirle una posición más fuerte en caso de conflicto con otros derechos que no poseen esa especial vinculación, como ocurre con el derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto previsto por el artículo 37º, que navega más bien en una dirección opuesta.

El resultado de dicha preeminencia es, en cualquier caso, la subordinación de la facultad de autodefensa de los empresarios al poder de autotutela de los trabajadores. El espacio de legitimidad de dicha facultad termina, como consecuencia de ello, limitado exclusivamente a los supuestos en que la acción empresarial hace frente a acciones conflictivas irregulares o al ejercicio ilegítimo del derecho de huelga, por hipótesis no amparado.

Lo anterior supone que la amplitud que es capaz de alcanzar el poder de autodefensa de los empresarios queda a expensas de la que, de forma paralela, se reconozca al derecho de huelga. Cuanto más amplia sea esta, más reducida será aquella y viceversa. De allí que este análisis deba ser complementado con el del tratamiento que se ofrece al contenido de este derecho y los límites al mismo que de ella se derivan.

Ahora bien, esta es una cuestión que parecería también saldarse desde un inicio también dentro de la jurisprudencia constitucional a favor del derecho de huelga, al incluir la ya citada sentencia 11/1981 amplias referencias a su carácter instrumental respecto de la defensa de los intereses de los trabajadores y a su aptitud para limitar la libertad del empresario de anular sus efectos recurriendo a medidas defensivas del tipo de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros no vinculados a la empresa o el cierre patronal. Unas referencias a partir de las cuales es posible entender garantizada la efectividad de la huelga como medida de presión.

Esta favorable impresión inicial se desdibuja, no obstante, si se tiene en cuenta que, en esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional

optó por convalidar, con ligeros retoques, la prohibición de abuso del derecho de huelga introducida por Real Decreto Ley 17/1977, del 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Una prohibición detrás de la cual no se sitúa valor constitucional alguno, sino unos presuntos "límites inmanentes" del derecho, que apenas disimulan la tutela de los intereses empresariales. Pero a través de la cual se consigue expulsar del ordenamiento jurídico las huelgas más incisivas (en la redacción de la norma: "las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta de la huelga"), limitando las posibilidades de empleo exitoso del derecho a aquellos supuestos en que los huelguistas estén dispuestos a asumir elevados sacrificios a cambio de sus reivindicaciones.

El resultado de esta doble operación salta a la vista: si por una parte se garantiza la efectividad del derecho de huelga, protegiéndolo de las acciones de conflicto de los empresarios dirigidas a anularla, por la otra se legitiman las restricciones legalmente impuestas a esa efectividad. La doctrina de la "posición preferente" del derecho de huelga termina por aplicarse, de este modo, a la colisión entre este derecho y las acciones de conflicto de los empresarios, pese a existir un precepto constitucional les ofrece cobertura, pero no a la limitación de su contenido por el legislador, a pesar de no existir en este caso mandato constitucional alguno en donde apoyar esta decisión.

Se produce de tal modo una singular operación de "equilibrio de tutelas", de acuerdo con la cual el recorte de los derechos de conflicto de cada sujeto encuentra su "contrapartida" en la restricción de los del otro. Una operación en la base de la cual se sitúa el modelo intervensionista y restrictivo de tratamiento de los conflictos instaurado durante la transición política por el aludido Real Decreto Ley 17/1977 con el propósito de contener sus formas más agresivas de expresión, favoreciendo la dialéctica entre una huelga "débil" y la resistencia pasiva de los empresarios. La intervención del Tribunal Constitucional ha permitido que este modelo, en principio de carácter provisional, se convierta en permanente, no existiendo de momento perspectivas de aprobación de una ley orgánica reguladora del derecho de huelga capaz de alterar esta situación.

3.3. El consiguiente espacio para las acciones de autotutela empresarial: la "excesiva onerosidad" como mecanismo habilitante

Llegados a este punto, es importante advertir que la convalidación de la prohibición de abuso del derecho de huelga, llevada a cabo tempranamente por el Tribunal Constitucional, supone la admisión de un determinado enfoque en torno a la cuestión de la legitimidad de los daños ocasionados por su ejercicio. Y es que, como no es difícil de apreciar, mediante dicha prohibición el legislador establece una clara separación entre aquellos daños que pueden ser considerados admisibles y los que resultan inadmisibles, por excesivos o desproporcionados. Así, mientras los primeros son legítimos y deben ser soportados, los segundos, en cambio, no lo son, pudiendo por tanto el empresario afectado defenderse de ellos.

Lo anterior supone que las medidas de reacción frente a los perjuicios causados por el ejercicio lícito del derecho de huelga deben ser consideradas, sin matizaciones de ningún tipo, contrarias a este. Mientras que, las que se opongan a los derivados de su uso irregular, constituyen formas lícitas de expresión del derecho de defensa de los empresarios en los conflictos.

El "juego de compensaciones" propio de este modelo conduce, así, a garantizar especialmente la eficacia del derecho de huelga, luego de haber ilegalizado las huelgas más eficaces. Expresión de esta garantía son, precisamente, las aludidas prohibiciones, tanto del denominado "esquirolaje externo", como de los cierres patronales que no tengan por objeto hacer frente a medidas de presión no amparadas, como las derivadas de los actos de violencia, las ocupaciones de locales o las huelgas abusivas, introducidas por el Real Decreto Ley 17/1977. Como salta a la vista, en el contexto en que fue aprobada esta norma, muy distinto del actual, prohibir ambas medidas podía ser considerado sinónimo de vedar al empresario toda actuación capaz de restar efectividad a las huelgas.

3.4. La respuesta de la jurisprudencia constitucional ante la crisis del modelo: la defensa del daño "legítimamente causado" por el ejercicio del derecho de huelga

El complejo sistema de equilibrios que sustenta este modelo entrará en crisis a principios de los noventa, como consecuencia del cambio en las estrategias empresariales de enfrentamientos de los conflictos al que se ha

hecho referencia. A partir de entonces, mientras el derecho de huelga sigue sujeto a importantes restricciones, surgen nuevas formas de neutralizar sus efectos, no previstas ni prohibidas legalmente, pero a través de las cuales es posible afectar su ejercicio, sea este lícito o ilícito. El daño legítimamente causado por el ejercicio del derecho de huelga deja, de tal manera, de encontrarse garantizado por el legislador, pasando la vanificación de las consecuencias de las huelgas a convertirse en una posibilidad cierta, incluso cuando estas discurran por los estrictos cauces marcados por la ley.

La situación de indefensión en la que queda sumido un derecho de huelga cuya incisividad ha sido previamente recortada, determinará que la reacción no se haga esperar. Aunque con escalones previos y posteriores, esta reacción tiene su principal exponente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, del 28 de septiembre, dedicada al examen de un singular supuesto de "sustitución interna" de trabajadores en huelga.

Aunque se ha dicho que esta sentencia no hizo más que sistematizar la doctrina judicial precedente, que ya con anterioridad se había pronunciado sobre la ilicitud de este tipo de actos, su aportación resulta en realidad capital desde un triple plano: a) la vinculación del problema, de forma inmediata y directa, con la aplicación de las normas constitucionales reguladoras de los derechos de conflicto de trabajadores y empresarios; b) el rescate para su solución de los criterios interpretativos originariamente esbozados por la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones entre ambos derechos; y c) la aptitud de la doctrina por ella sentada para trascender el caso concreto y ofrecer una respuesta de proyección general a los interrogantes planteados por este tipo de actos.

Comenzando por lo primero, esta sentencia parte de entender que el problema sometido a su consideración no es uno de interpretación "a la luz de la Constitución" del artículo 6º.5 del Real Decreto Ley 17/1977, a través del cual se prohíbe al empresario "sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma", como se venía sosteniendo hasta entonces, sino de aplicación directa de los mandatos contenidos en la norma fundamental, ante la insuficiencia de la regulación legal. En concreto, lo que detecta el Tribunal Constitucional es un conflicto entre los intereses protegidos por los artículos 28º y 37º, que entiende solamente puede ser resuelto mediante la "ponderación" de los "principios constitucionales respectivos".

Aunque esta opción ha sido considerada desenfocada por un influyente sector doctrinal, se adapta en realidad al singular contenido de la

Constitución española, que dota de manera clara e indubitable a los empresarios de un específico poder de autodefensa en los conflictos, dialécticamente contrapuesto, como se dejó dicho, al que se le reconoce de manera paralela a los trabajadores.

Ahora bien, apuntada en estos términos la cuestión, lo único que hace el supremo intérprete de la Constitución española es retomar los criterios ya utilizados por él mismo para sustentar la preeminencia del derecho de huelga y proyectarlos sobre el peculiar tipo de actos sometido a su consideración. Si acaso, lo novedoso en esta sentencia es el esfuerzo que se hace por destacar de manera expresa que la garantía del derecho alcanza a cubrir su efectividad como medida de presión, indicando para ello que a toda huelga "resulta esencial la consecución de una cierta eficacia", ya que sin ella sería incapaz de cumplir la misión que le es asignada. Sin embargo, consciente de esta afirmación no capaz de asegurar por sí misma la indemnidad del derecho de huelga frente a un poder funcionalmente contrapuesto a él, el Tribunal se aboca a fundamentar la superior relevancia constitucional de este derecho, recurriendo a los argumentos ya conocidos: la coherencia de su reconocimiento con los valores básicos promovidos por el Estado Social y Democrático de Derecho y su tratamiento sistemático diferenciado y más favorable respecto de las demás medidas de conflicto.

Ello le permite llegar a una conclusión cuya formulación ha hecho fortuna: la de la capacidad del derecho de huelga para "reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa otros derechos", entre ellos "la potestad directiva del empresario". Y la consecuente imposibilidad de empleo de esta "para desactivar la presión" ocasionada por una huelga. A despecho de su expresividad lo novedoso no es aquí realmente el criterio, sino el hecho de que venga referido a los poderes directivos del empresario y no solo al *lock out*, como había ocurrido hasta el momento dentro de la jurisprudencia constitucional. Es más, interpretada en términos literales, posiblemente se trate de una afirmación no del todo exacta: durante una huelga las facultades patronales no quedan paralizadas, ni en estado latente, sino que se ven impedidas de restringir el legítimo ejercicio de este derecho. De allí que, seguramente movido por la preocupación por aclarar que lo vedado no es el ejercicio de los poderes empresariales en general, el Tribunal Constitucional caracteriza a continuación a los actos en cuestión como formas de "ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario". Este es, como salta a la vista, un uso atécnico de la noción de abuso, que no impide su consideración como actos ilícitos per se, en tanto que lesivos de un derecho fundamental.

En cualquier caso, del modo descrito, la sentencia 123/1992 reafirma la configuración de la huelga como un instrumento de presión constitucionalmente tutelado, cuyos efectos perjudiciales sobre el desarrollo de los procesos productivos deben ser soportados. He dicho "reafirma" y no "afirma", porque esa misma configuración está presente desde un inicio en la jurisprudencia constitucional, no habiendo hecho esta sentencia más que aplicarla a un supuesto singular, como es el uso del poder de dirección para reducir los efectos de las huelgas, de la misma manera que alguna sentencia posterior, como la 66/2002, del 21 de marzo, lo hace a otros.

De allí que esta construcción no pueda ser considerada aplicable exclusivamente al poder de dirección. Sostener esto supondría admitir que, mientras dicho poder no puede vaciar de contenido el derecho de huelga, otras facultades empresariales, susceptibles servir con incluso mayor efectividad a ese fin, sí están habilitadas para hacerlo. En consecuencia, la imposibilidad de desarrollar acciones que neutralicen la efectividad de las huelgas resulta predicable, por aplicación directa del mandato constitucional, a todo tipo de prerrogativas empresariales, se relacionen estas con la contratación de nuevo personal (sustitución externa), con la movilidad del que ya labora en la empresa (sustitución interna), con la disposición de las prestaciones a realizar (sustitución anticipada), con el empleo de medios materiales o tecnológicos (sustitución "automática" o "virtual") o, en fin, con la distribución de las actividades entre los distintos centros de trabajo, las diferentes empresas del grupo o los contratistas y trabajadores autónomos (sustitución indirecta).

No debe olvidarse, por lo demás, que lo que de este modo se postula es la protección de los efectos de aquellas huelgas que, discurriendo por los cauces legales, ocasionan al empresario un volumen de daños "proporcionado" o "razonable" a criterio del legislador. Así las cosas, el aseguramiento de dicha protección constituye la única solución coherente con el modelo de tratamiento de los conflictos vigente, además de un imperativo ineludible para asegurar que el derecho de huelga conserve, al menos, el grado de efectividad que el legislador preconstitucional quiso reconocerle, evitando que sucumba en manos de las nuevas posibilidades de esquivar sus consecuencias abiertas por las transformaciones de los procesos productivos.

Lo anterior no pretende soslayar que cuanto más se alejan los actos en cuestión de los poderes de gestión ordinaria de la relación laboral, más difícil resulta demostrar su existencia. Frente a este riesgo existe, sin embargo, un criterio que es capaz de ponernos tras la pista del uso desviado de tales faculta-

des. Este criterio no es otro que el de la falta de regularidad de su ejercicio. Desde esta perspectiva, el recurso a colaboradores externos o a medios tecnológicos podrá ser considerado contrario al derecho fundamental cuando se aparte del que normalmente realiza la empresa y ocasione una minoración de los efectos de la huelga. En tanto que, en caso contrario, podrá ser considerado como una lícita opción de política empresarial. Los potenciales inconvenientes de una indiscriminada incriminación de este tipo de actuaciones quedan así conjurados, pero sin que ello suponga su exclusión de los límites impuestos a los poderes empresariales por el derecho de huelga. Nada impide, en consecuencia, la aplicación de esta doctrina a las actuaciones patronales formalmente desconectadas de la gestión de la fuerza de trabajo.

A pesar de ello, los tribunales ordinarios, y singularmente el Tribunal Supremo, vienen resistiéndose a esa aplicación. En concreto, la máxima instancia judicial ordinaria española permanece anclada en la idea de que la única limitación que el derecho de huelga impone a los poderes empresariales es la de no proceder a la sustitución de los huelguistas por otro personal, interno o externo, por venir esta impuesta por el artículo 6º.5 del Real Decreto Ley 17/1977 y la citada sentencia 123/1992. El empresario puede, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina de este alto Tribunal servirse legítimamente de sus demás poderes para "atenuar las consecuencias de la huelga", como ha declarado de manera textual en alguna de sus sentencias.

En la base de esta actitud reticente se sitúa, como es fácil de deducir, la propia lógica del sistema de control del ejercicio de los derechos de conflicto hoy imperante. Un sistema que deja en manos de los jueces la tutela de la efectividad del derecho de huelga luego de haberles confiado la tarea de determinar los límites a los que se sujeta su ejercicio no abusivo, en aplicación de criterios basados en la desconfianza hacia el conflicto. El resultado de esta "esquizofrénica" posición no es otro que el rechazo de todo límite a las posibilidades empresariales de defensa que no venga expresamente impuesto por la ley o por una decisión inequívoca del Tribunal Constitucional.

3.5. Los restantes márgenes de autotutela patronal y sindical y sus espacios reales de concreción dentro del modelo productivo emergente

En cualquier caso, más allá de estas resistencias, lo cierto es que, como resultado de las opciones interpretativas manejadas por el Tribunal

Constitucional español en torno a las relaciones entre los derechos consagrados por los artículos 28º y 37º de la norma fundamental, se produce un sustancial recorte del espacio potencial de expresión del poder de autotutela reconocido a los empresarios, del que quedan expulsadas la mayor parte de las acciones defensivas desarrolladas por estos en la última década.

Ello parecería enmendar la plana nada menos que a la propia Constitución, que al fin y al cabo atribuye ese poder a los empresarios, sin someterlos esta clase de límites. No debe olvidarse, sin embargo, que es la propia Constitución la que separa la huelga de las demás medidas de conflicto para ofrecerle un tratamiento especial. Postular la posición preeminente de este derecho es, por ello, como se dejó dicho, una opción coherente, tanto con la sistemática del texto constitucional, como con el orden de valores que le sirve de fundamento.

Por lo demás, aunque los márgenes de ejercicio de este derecho se reducen, tampoco desaparecen. En primer lugar, porque se mantiene vigente la actual regulación del cierre patronal, considerada por el propio Tribunal Constitucional expresión de dicho poder. Pero también porque el criterio sustentado deja un espacio para las acciones patronales de conflicto al menos en tres supuestos más: a) cuando estas no incidan sobre el derecho de huelga, b) cuando hagan frente a medidas ilícitas de confrontación y c) cuando se opongan al ejercicio irregular del derecho de huelga.

Es más, esta última constatación nos coloca delante de un dato de singular trascendencia: en realidad, el espacio de expresión de este derecho no es tan reducido como en principio pudiera pensarse. El carácter restrictivo del marco regulador del derecho de huelga, cuyo incumplimiento habilita su empleo, así lo pone de manifiesto. A esto deben añadírsele las dificultades que sin lugar a dudas existen para llevar a cabo desde las instancias judiciales una represión pronta y eficaz de muchas de las prácticas emergentes en el último periodo. En especial de aquellas que se basan en la instrumentalización de prerrogativas más difusas y de más arduo control que las vinculadas con la gestión de la relación laboral.

Esto induce a preguntarse si el actual sistema, basado en la tutela judicial prioritaria de un derecho de huelga previamente mellado en su efectividad, es el más idóneo para hacer frente a los desafíos que los cambios económicos y productivos imponen a este derecho. Y si no constituiría una mejor opción la de dotar a la huelga de los poderes o la fuerza suficiente como para "prevenir" estas actuaciones, afrontándolas desde la

organización productiva. Al fin y al cabo, el peso decisivo que dentro de dicho sistema posee la intervención judicial no constituye más que el corolario natural y lógico del modelo de huelga de efectividad restringida vigente en la actualidad.

Frente a ello, de lo que se trataría sería de transferir el protagonismo de la tutela del derecho, del plano "externo", en el que se encuentra actualmente situada, al "interno", restaurando su capacidad para actuar como instrumento de tutela eficaz de los intereses de los trabajadores. Propuestas para ello no faltan. Estas van, desde el replanteamiento de los alcances de la prohibición de abuso de este derecho, que abra el paso al empleo de algunos de los comportamientos huelguísticos ahora prohibidos, hasta la incorporación a su contenido de la capacidad de disponer sobre los instrumentos de trabajo y no solo sobre propia la actividad laboral.

Este es un debate que de momento no ha hecho más que plantearse, pero que no habrá más remedio que afrontar si se quiere asegurar en el futuro un funcionamiento razonablemente equilibrado del sistema español de relaciones laborales.

En la actualidad el equilibrio de fuerzas entre el poder económico de las empresas y la acción colectiva de los trabajadores, sobre el que ha reposado históricamente la construcción del Derecho del trabajo, da muestras claras de alterarse en provecho del primero. Quien esto escribe comparte la opinión de quienes consideran que una de las tareas de los juristas del trabajo en los próximos años consistirá, precisamente, en pensar los medios para restablecer ese equilibrio. El estudio que aquí concluye ha pretendido ser una modesta contribución en esta indispensable dirección.

SOBRE EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES ESTATALES Y LA NORMATIVA PRESUPUESTAL

Edgardo BALBÍN TORRES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La clásica discusión sobre la naturaleza de la relación del Estado con sus trabajadores: incidencia en el derecho de negociación colectiva. 3. La situación de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico: la indiscutible titularidad del derecho de negociación colectiva por los trabajadores públicos. 4. Las particularidades de la negociación colectiva de los trabajadores estatales y su incidencia en el marco normativo y la legalidad presupuestaria. 5. Otro problema similar: las normas presupuestales.

1. INTRODUCCIÓN

Tal como lo han advertido los órganos de control de la OIT, un contexto democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales[1]. Fundamental por necesario pero no suficiente, ya que en un escena-

[1] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra 2006, párr. 32

rio como el nuestro, que sucede a una década de desarticulación inducida del movimiento sindical, es notoria aún la pervivencia de los patrones autoritarios que gobernaron el sistema de relaciones laborales durante los años noventa y la dificultad para implantar claves democráticas para la comprensión de sus reglas y de su dinámica. Resulta indicativo que en un contexto democrático como el presente, la dinámica del conflicto colectivo en el sector público encuentre respuestas de corte autoritario manifestadas en la fijación de límites inadmisibles al derecho de huelga (sector educación), o que el impulso inicial por levantar las observaciones de los órganos de control de la OIT a la normas nacionales sobre derechos sindicales haya dado lugar únicamente a una reforma inacabada de las disposiciones relativas al régimen laboral de la actividad privada, manteniéndose inalterables las disposiciones relativas al régimen laboral público cuyas observaciones revisten incluso mayor antigüedad. Y es que, a no dudarlo, el sector público aparece como el territorio más hostil a los derechos sindicales y, sobre todo, a la negociación colectiva debido a su especial aptitud para revertir el autoritarismo y generar derecho a través del consenso y no de la imposición unilateral.

Este breve artículo tiene como objetivo sentar algunas ideas muy elementales sobre el derecho de negociación colectiva en el sector público, que se desprenden del marco constitucional –precisado por el Tribunal Constitucional (TC) en importantes pronunciamientos– y de los tratados internacionales ratificados por el Perú, que pueden servir como criterio para la interpretación de la normativa legal sobre la materia y para la reflexión acerca de la innegable dinámica negocial que se aprecia en este sector de actividad.

2. LA CLÁSICA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN DEL ESTADO CON SUS TRABAJADORES: INCIDENCIA EN EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Durante mucho tiempo las afirmaciones acerca de la negociación colectiva en el sector público se han basado en la definición previa de la naturaleza de la relación de empleo público. Sin duda, muchas de las objeciones a la negociación colectiva en el sector público tomaron como fuente la idea –de origen previo a la implantación del Estado social– que, dados los fines públicos que persigue el Estado, la relación entre este y sus

trabajadores estaba regida por el Derecho administrativo, siendo aplicable a esta relación los principios y las fuentes propios de dicha disciplina. De este modo, postulada por la lógica administrativista la supremacía del Estado frente a los administrados (determinada a su vez por la forjada identidad ente actuación estatal y fines públicos), la negociación individual o colectiva de condiciones de empleo con sus trabajadores resulta impensable y, como corolario de ello, el convenio colectivo excluido del catálogo de fuentes del Derecho. Aunque con el paso de los años este postulado fue cediendo en alguna medida a la aplicación de ciertas instituciones laborales, estas se sometieron a un análisis de compatibilidad con el Derecho administrativo y con la lógica de la determinación unilateral de las condiciones de empleo. Fue así que progresivamente el derecho de organizar sindicatos fue admitido en el empleo público pero sin el reconocimiento de la negociación colectiva.

Quizá, uno de los factores que más contribuyó al cuestionamiento de las afirmaciones antes reseñadas fue el crecimiento de la organización administrativa que acompañó al desarrollo del modo de producción capitalista. La ampliación de las funciones estatales y su incursión en actividades empresariales dio lugar al incremento del número de trabajadores estatales, lo que permitió vislumbrar con claridad la identidad de problemáticas entre trabajadores públicos y privados. Todo ello motivó la aparición de una pregunta central: ¿pueden los fines que persigue el empleador determinar la naturaleza de la relación jurídica que establece con sus dependientes?

Múltiples argumentos han ofrecido respuesta a esta interrogante. Así, se ha sostenido que lo que define a una relación jurídica es su realidad material y no los fines que persiguen las partes; que la dimensión del Estado como poder público no puede confundirse con la dimensión del Estado como sujeto contratante de trabajo subordinado; que el Estado no puede sustraerse al cumplimiento de las normas que él mismo emite para la regulación de las relaciones de subordinación; que toda actuación estatal no se identifica con la consecución de un interés público; que la faceta institucional del Estado es diversa de la faceta organizacional en la que este se comporta como cualquier otro contratante; que el comportamiento sociológico del Estado lo identifica plenamente con cualquier otro empleador[2]. Podríamos seguir argumentando pero no conviene hacerlo

(2) Puede verse, entre otros, BARBAGELATA, Héctor Hugo, en VV.AA., *Cursillo sobre el Derecho del trabajo y los funcionarios públicos*, Biblioteca de Derecho laboral, Montevi-

pues el tema de que los fines perseguidos por el empleador no predeterminan la naturaleza de la relación de empleo resulta, como veremos más adelante un tema poco discutido por la doctrina.

Pero, sentada esta primera afirmación indiscutida, planteemos dos cuestiones adicionales: ¿es el Estado un empleador como cualquier otro o se somete a reglas especiales?; de someterse a reglas especiales, ¿cómo se definen estas y qué materias abarcan?

Afirmar que los fines perseguidos por el empleador no predeterminan la naturaleza de una relación de empleo, no implica admitir la identidad absoluta de regulación ente el empleo privado y el empleo público o negar la incidencia de ciertos intereses públicos sobre el trabajo de los dependientes estatales. Por el contrario, implica afirmar la naturaleza laboral de la relación entre el Estado y sus trabajadores y, por lo tanto, la aplicación de las fuentes y principios del Derecho del trabajo, sin que ello determine la identidad absoluta de regulaciones. Aquí, la figura del Estado como empleador puede cobrar relevancia, no para excluir la relación jurídica de los alcances del Derecho del trabajo, sino para armonizar la aplicación de algunas de sus instituciones con ciertos intereses relevantes que irradian sobre la relación de empleo. El ingreso por mérito y concurso público, la carrera profesional, la extinción necesariamente casualizada de la relación laboral, el régimen de incompatibilidades o la negociación colectiva son ejemplos claros de aspectos que para ciertos contratos de trabajo requieren de una armonización entre instituciones laborales e intereses públicos. Obsérvese que tal armonización no siempre conlleva limitar la aplicación de los derechos laborales, sino, por el contrario, en ocasiones determina el reforzamiento de algunas garantías incluso discutidas para los trabajadores del ámbito privado. Ello sucede, por ejemplo, con el régimen de extinción del contrato de trabajo en el que el riesgo de manipulación política de los puestos de trabajo conduce, en el caso de los trabajadores de la administración pública, a la fijación de un régimen de extinción que admita únicamente el despido por causa justa.

En el caso de la negociación colectiva lo señalado resulta de mucha importancia puesto que mientras para el Derecho administrativo la rela-

---

deo, 1977 p. 22; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 29-32; SARTHOU, Helios, en AA. VV., *Cursillo sobre el Derecho del trabajo y los funcionarios públicos*, Biblioteca de Derecho laboral, Montevideo, 1977, pp. 77-78.

ción entablada entre el Estado y sus trabajadores no admite negociabilidad a nivel individual ni colectivo, para la nueva tesis la negociabilidad resulta una consecuencia natural del reconocimiento del contrato de trabajo y de la figura del trabajador como contraparte que ostenta intereses diversos y conflictuales. Para las teorías administrativistas la libertad sindical resulta admisible pero con limitaciones severas a la negociación colectiva o sin ella, para las teorías contractualistas la negociación colectiva es un derecho necesario, que admite únicamente aquellas limitaciones que se justifiquen indubitablemente en la presencia de un interés público.

3. LA SITUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA INDISCUTIBLE TITULARIDAD DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR LOS TRABAJADORES PÚBLICOS

Cualquier discusión sobre la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Estado quedó resuelta en forma definitiva con la expedición de la sentencia del TC que resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por cinco mil ciudadanos contra la Ley Marco de Empleo Público (Expediente Nº 0008-2005-PI/TC). Como se sabe, en dicho pronunciamiento el TC declara la aplicación del marco constitucional del régimen del trabajo, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, al régimen público y al privado (dice textualmente: "Es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados", Fundamento Nº 17). Como no podía ser de otro modo, esta sola afirmación determina, por un lado, la titularidad de los trabajadores estatales de todos los derechos constitucionales laborales, incluidos los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga consagrados en el artículo 28º del texto constitucional[3]; y por otro, que las limitaciones y excepciones al ejercicio de estos derechos solo pueden derivar del propio texto constitucional.

---

[3] Esto es ratificado por el Fundamento Nº 50 que al referirse a los derechos de sindicación y huelga señala que "[...] el artículo 15º de la Ley N.º 28175 no vulnera los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos reconocidos en los artículo 28º y 42º de la Constitución".

Decimos que la afirmación del TC resuelve definitivamente el tema en nuestro ordenamiento pues mucho antes de su expedición fueron frecuentes algunas objeciones al derecho constitucional de negociación colectiva de los trabajadores estatales, provenientes de algún sector de la doctrina nacional, que encontraron acogida en algunos documentos oficiales destinados a servir de base a la reforma de las normas legales. Aunque ya hemos analizado con mayor detenimiento las objeciones y su incidencia en un trabajo anterior, presentamos una reseña de las dos principales.

Los argumentos esgrimidos en contra del derecho constitucional a la negociación colectiva de los trabajadores públicos fueron los siguientes:

a. La regulación de los derechos constitucionales de los trabajadores estatales corre por cuenta del Capítulo IV del Título Primero de la Constitución de 1993 (denominado "De la Función Pública"), que alude en su artículo 42°, únicamente, a los derechos de sindicación y negociación colectiva de los trabajadores estatales, sin hacer mención al derecho de negociación colectiva. Para algunos, la regulación separada de los derechos laborales de los trabajadores del ámbito privado y del ámbito público resultaría indicativo del distinto régimen jurídico que las regula (de Derecho laboral y Derecho administrativo respectivamente), tal como lo hace la Constitución española de 1978(4), por lo que la omisión a la negociación debía entenderse como que este derecho no tenía sustento constitucional para los trabajadores estatales. No obstante, bajo esta postura nada impediría que, tal como lo hace la legislación nacional, aún careciendo de fundamento constitucional la negociación colectiva venga "concedida" por ley con las limitaciones y excepciones que esta imponga.

b. El artículo 6° del Convenio N° 98 de la OIT ratificaría lo antes señalado al indicar que "el presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto". Es decir, las disposiciones del Convenio N° 98 relativas al fomento de la negociación colectiva (artículo 4°) no resultarían aplicables a los trabajadores estatales, lo que habría sido considerado por el texto constitucional. Aunado a ello, el Convenio N° 151

(4) AMPRIMO PLÁ, Natale, "Temas de Derecho laboral municipal", en VV.AA., *Temas municipales*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 114.

hablaría de la libertad de cada Estado para habilitar medidas distintas de la negociación colectiva (como la consulta) que hagan posible la participación de los trabajadores estatales en la determinación de sus condiciones de empleo.

Como venimos indicando, aun antes de la categórica sentencia del TC estos argumentos resultaban poco convincentes debido a lo siguiente:

a. La propia Constitución denomina a los dependientes estatales "trabajadores" (artículo 39°), con lo cual enfatiza la realidad material de su prestación de servicios antes que los fines públicos que persigue su empleador. Siendo trabajadores según el propio texto constitucional, les corresponde la aplicación de los derechos constitucionales laborales previstos para la tutela de toda forma de trabajo dependiente, en particular los del artículo 28° de la Constitución. La Constitución peruana, a diferencia de la española de 1978, solo establece una reserva de ley para la regulación de los derechos de los trabajadores estatales (señala el artículo 40°: "La ley regulará [...]") y no establece ninguna distinción de régimen jurídico que pueda servir de base para afirmar que los derechos constitucionales previstos para los trabajadores –entre ellos el de negociación colectiva– no resulten aplicables a los trabajadores estatales.

b. En los instrumentos internacionales de la OIT la titularidad del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos (cuyo contenido esencial comprende a la negociación colectiva) tiene un temprano reconocimiento en el artículo 2° del Convenio N° 87, que consagra el derecho de los trabajadores "sin ninguna distinción" a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, estableciendo además como únicas limitaciones admisibles las que cada legislación nacional señale para los miembros de las fuerzas armadas y la policía. Si bien, con posterioridad el Convenio N° 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, estableció en su artículo 7° que el convenio no trataba la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señaló que tal exclusión debía ser interpretada en forma restrictiva, operando únicamente respecto de los funcionarios "que cumplen actividades propias de la administración del Estado". Lógicamente, esto implicaba reducir la exclusión a aquellos trabajadores cuya labor comprende el

desarrollo de funciones de dirección o la emanación de actos de autoridad, siendo alcanzados por las disposiciones del convenio los funcionarios de menor categoría que desarrollan labores auxiliares, así como aquellos dependientes estatales de las empresas públicas e instituciones autónomas(5). Para ratificar todo lo señalado, el Comité de Libertad Sindical ha señalado en forma contundente que "el Convenio N° 98, en especial su artículo 4°, relativo al estímulo y fomento de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el sector privado como en el de las empresas nacionalizadas y organismos públicos".

c. Aun cuando el artículo 7° del Convenio N° 151 de la OIT establece que "deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados participar en la determinación de dichas condiciones", el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que más que establecer un parámetro de suficiencia que admite "cualquier" mecanismo de participación, el Convenio N° 151 compromete a los Estados al estímulo y fomento de los mecanismos de negociación, atribuyendo un carácter subsidiario o de mínimo necesariamente superable a otras modalidades de participación de los trabajadores públicos(6). Aunque no es posible desconocer que los objetivos de lograr la ratificación del mayor número de países pueden

(5) En este sentido, OZAKI, Muneto, "Relaciones de trabajo en la administración publica", en *Revista Internacional del Trabajo*, N° 3, Ginebra, 1984, p. 306; ORTEGA ÁLVAREZ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., p. 82. Por su parte Plá Rodríguez señala que "la salvedad establecida respecto de los miembros de las fuerzas armadas y policía solo se explica en la medida en que los funcionarios públicos estén alcanzados por este convenio, ya que de lo contrario, no tendría razón de ser" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "El trabajador público y los convenios colectivos", en VV.AA., *IX Congreso de Derecho del trabajo y la seguridad social*, Bogotá, 1986, p. 420.

(6) El CLS ha señalado que "es imperativo que la legislación reconozca explícita y claramente a través de disposiciones particulares el derecho de las organizaciones de empleados y funcionarios públicos que no ejerzan actividades propias a la organización del Estado de concluir convenciones colectivas [...]" (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 893.

justificar una regulación amplia de los mecanismos de participación que de cabida, incluso, a formas no vinculantes de participación, fluye del texto del Convenio una abierta preferencia por la negociación colectiva. Por lo señalado, la expresión "de ser el caso" del artículo 7º no implica, como sugiere Amprimo, que quede a apreciación de cada Estado si resulta conveniente o suficiente habilitar mecanismos de negociación o participación; sino, por el contrario, constituye una clara referencia al compromiso asumido por cada Estado de implementar preferentemente acciones legislativas adecuadas en favor de la negociación colectiva.

En todo caso, el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de fuente constitucional fluiría igualmente y aún sin mención expresa de la sola consagración del derecho de libertad sindical pues, en virtud de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse sobre la base de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT, lo que nos conduciría inevitablemente a incluir dentro del contenido esencial de la libertad sindical a la actividad negocial.

Este ha sido el criterio de los órganos de control de la OIT y de casi toda la doctrina laboral. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que el derecho de libertad sindical se encuentra integrado por una faceta orgánica, por una faceta dinámica a la negociación colectiva, así como por cualquier otra actividad relacionada con la defensa de los intereses de sus miembros(7). El Comité de Libertad Sindical ha precisado que el derecho de negociar libremente las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical a través del cual se procura la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, debiendo el Estado abstenerse de toda conducta intervensionista que coarte el ejercicio legítimo de este derecho(8). García Becedas llama la atención sobre la necesidad de distinguir entre el derecho de libertad

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Libertad sindical y negociación colectiva*, OIT, Ginebra, 1994, p. 60.

(8) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 181.

sindical y los derechos que en ella se contienen, afirmando que el derecho de libertad sindical se define más que por la garantía normativa de un interés jurídicamente relevante o de sus mecanismos de tutela judicial, por la gama de opciones otorgadas a los sujetos para su realización[9]. Monereo Pérez, con referencia a la Constitución española, ha señalado que dicha carta configura una concepción de libertad sindical comprensiva de todos aquellos derechos que hacen de ella un instrumento útil para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores[10]. Giugni señala que el objeto principal del reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical lo constituye, más que la organización, la actividad desplegada, añadiendo que la titularidad del derecho de libertad sindical implica necesariamente la posibilidad de llevar a cabo todos los actos que hagan eficaz a la organización, ya sea desarrollando la actividad autoorganizativa, conflictual o de producción normativa[11]. Sanguineti, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, apunta a la mera instrumentalidad de los aspectos orgánicos destinados, final y únicamente, a hacer efectiva la acción sindical[12]. Para la doctrina nacional, la regulación constitucional conjunta de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, conforma una trilogía indisoluble en la que la integración de los dos últimos derechos –expresiones más genuinas de la acción sindical– contribuirían a la propia definición del primero[13]. Finalmente, y sin dejar de lado su postura inicial de que la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos fluye del artículo 28° de la Constitución, el propio TC agrega: "La Constitución reconoce en su artículo 42° el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece

(9) GARCÍA BECEDAS, Gabriel, "Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española", en *Revista de Política Social*, N° 124, Madrid, 1979, p. 40.

(10) MONEREO PÉREZ, José Luis, *Introducción al nuevo Derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho del trabajo flexible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 213.

(11) GIUGNI, Gino, *Derecho sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, pp. 75 y 81.

(12) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico laboral español", *Derecho y Sociedad*, N° 10, Lima, 1995, pp. 196 y ss.

(13) ERMIDA URIARTE, Óscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Sindicatos en libertad sindical*, ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 48 y ss.

el mismo artículo 42°, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (Fundamento N° 52).

Lo señalado por la doctrina nacional e internacional y ratificado por el TC resulta de vital importancia dado que el reconocimiento constitucional del derecho constitucional a la negociación colectiva de los trabajadores públicos determina, por un lado, que las eventuales limitaciones a este derecho resulten admisibles únicamente si derivan del propio texto constitucional y en medida tal que no impliquen la neutralización absoluta del derecho; y, por otro lado, que este derecho se convierta en parámetro de enjuiciamiento de la legalidad ordinaria para quienes ejercen función jurisdiccional.

4. LAS PARTICULARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES ESTATALES Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO NORMATIVO Y LA LEGALIDAD PRESUPUESTARIA

Es el propio TC quien define los límites admisibles al derecho constitucional de negociación colectiva de los trabajadores públicos al señalar que: "En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites. En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio N° 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77° y 78° de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado". Siguiendo con la cita textual, el máximo intérprete constitucional agrega: "En el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, estas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República; ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación" (Fundamento N° 53).

Definitivamente, el presupuesto encarna un interés público pasible de imponer limitaciones al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos, pero, ¿de qué tipo y magnitud pueden ser estas limitaciones?

Cierto es que ninguna posición extrema puede resultar admitida: ni aquella que en nombre de la negociación colectiva permita el desapoderamiento por parte del Congreso de su potestad definitoria del presupuesto público, ni aquella que sustraiga a la negociación colectiva su capacidad reguladora o la minimice al punto de tornarla irrelevante. Este es el punto en el que debe producirse una armonización entre el interés público que traducen el presupuesto y la efectividad del derecho constitucional a la negociación colectiva de los trabajadores públicos. O, en términos del Comité de Libertad Sindical: "Debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias"(14).

Tal armonización abarca, bajo nuestra óptica, dos campos de actuación claramente definidos: la conformación de un marco institucional que regule un procedimiento de negociación colectiva armónico con las exigencias presupuestales y la expedición y/o aplicación de las leyes anuales de presupuestos con estricta observancia del espacio temático que corresponde a la negociación colectiva.

La necesidad de contar con un marco normativo que garantice la negociación colectiva de los trabajadores públicos atendiendo al ejercicio parlamentario de las potestades presupuestales no es reciente. Hasta el momento las normas aplicables a los trabajadores públicos han resuelto el tema sustrayendo a la negociación las materias con incidencia presupuestaria. Esto, sin dudarlo, contradice abiertamente los criterios sentados por el TC y evidencia una postura extremista, en la que las competencias parlamentarias sobre el presupuesto son entendidas como un apoderamiento exclusivo por las normas presupuestales de la regulación de las condiciones de empleo con incidencia presupuestal: como si el principio de legalidad presupuestal conllevara necesariamente la determinación unilateral de las condiciones de empleo. El artículo 44° del Decreto Legislativo N° 276 señalaba que "las entidades públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerati-

(14) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 1035.

vos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones que se establece por la presente ley, en armonía con lo que dispone el artículo 60° de la Constitución Política del Perú. Es nula toda estipulación en contrario". En la misma línea, el Decreto Supremo N° 003-82-PCM y el Decreto Supremo N° 026-82-JUS sometían los temas vinculados al sistema único de remuneraciones a un procedimiento de consulta en tanto que admitía la negociación únicamente respecto de condiciones generales de trabajo, esto es, "aquellas que facilitan la actividad del trabajador y que pueden cubrirse con recursos presupuestales existentes. En ningún caso se considerarán aquellas que impliquen actos de administración o de imperio ni las que requieran partidas presupuestales adicionales"(15). Solo la Ley Marco de Empleo Público parece entonar con los criterios sentados por la doctrina del TC al reconoce al convenio colectivo como fuente de derecho en el empleo público(16), aunque los proyectos de ley de desarrollo de la carrera pública inicialmente propuestos por el ejecutivo contenían limitaciones similares a las antes anotadas(17).

Una lectura detenida y completa de la sentencia del TC evidencia su preocupación por la conformación de un marco normativo de signo diverso al vigente, al declarar la compatibilidad del principio de legalidad presupuestaria con la negociación colectiva de condiciones de empleo si se habilitan mecanismos que supediten lo negociado a la autorización y programación presupuestal. En esta dirección, apunta el TC "una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical. En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente

(15) Artículo 16° del Decreto Supremo N° 026-82-JUS.

(16) Artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.

(17) El proyecto de Ley de Carrera del Servidor Público establecía en su artículo 13° lo siguiente: "La negociación colectiva en el empleo público tendrá por objeto exclusivamente la determinación de las condiciones de empleo de los servidores públicos susceptibles de ser atendidas con los recursos de la entidad considerados en el Presupuesto Institucional de Apertura, aprobado por el Congreso de la República para el respectivo periodo, sin afectar las metas institucionales".

para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto" (Fundamento N° 54). La cita extraída resulta relevante puesto que apunta a negar la omnipotencia del presupuesto público en la materia y demostrar que existen alternativas que compatibilicen la negociación colectiva con las potestades parlamentarias en materia de presupuesto público.

Cabe señalar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha pronunciado en el mismo sentido al señalar lo siguiente: "El Comité ha compartido el punto de vista de la Comisión de Expertos en su Estudio general de 1994, cuando esta manifiesta que: aun cuando el principio de la autonomía de las partes en la negociación colectiva conserva su validez por lo que se refiere a los funcionarios y empleados públicos amparados por el Convenio N° 151, este ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública señaladas anteriormente. Por esta razón, a juicio de la Comisión son compatibles con el Convenio las disposiciones legislativas que habilitan al Parlamento o al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un 'abanico' salarial que sirva de base a las negociaciones, o establecer una 'asignación' presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa (por ejemplo, la reducción del tiempo de trabajo u otros arreglos en materia de condiciones de empleo, la regulación de los aumentos de salario en función de los diferentes niveles de remuneración, o el establecimiento de dispositivos para escalonar los reajustes), o incluso las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras, el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto al empleador directo, en la medida en que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva. Es fundamental, empero, que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica, en particular, que dispongan de todas las informaciones financieras presupuestarias o de otra naturaleza que le sirvan para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa [...]"[18].

Más adelante, el Comité de Libertad Sindical se pronuncia sobre las medidas legales que excluyen la negociación colectiva señalando lo siguiente:

[18] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., párr. 1038.

"Es distinto el caso de las disposiciones legislativas motivadas por la situación económica de un país, que, por ejemplo, imponen unilateralmente un porcentaje de aumento salarial determinado y excluyen toda posibilidad de negociación, especialmente cuando prohíben el recurso a los mecanismos de presión so pena de severas sanciones. La Comisión es consciente de que 'la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y de que el periodo de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la ley de presupuestos del Estado lo cual puede plantear dificultades'. En consecuencia, la Comisión toma nota enteramente en cuenta las graves dificultades financieras y presupuestarias que deben afrontar los gobiernos, sobre todo en periodos de estancamiento económico general y prolongado. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera que las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios; si en razón de las circunstancias ello no fuera posible, esta clase de medidas deberían aplicarse durante periodos limitados y tener como fin la protección del nivel de vida de los trabajadores más afectados [...]"[19].

Como vemos, la consagración constitucional de la negociación colectiva de los trabajadores estatales determina el colapso de las tesis que sostenían el carácter absolutamente imperativo de las normas laborales públicas y que identificaban la atribución constitucional de potestades parlamentarias en materia presupuestal con la determinación unilateral de condiciones de empleo, y en particular las condiciones salariales. La negociación colectiva, al constituirse en expresión del pluralismo social y normativo que caracteriza a nuestro modelo de Estado social, garantiza a los sujetos colectivos un espacio de regulación y reformula la noción de soberanía imponiendo la armonización de los poderes reguladores provenientes del Estado y la autonomía colectiva en la que la potestad normativa del primero, aunque preeminente por resultar expresión del interés público, cede espacios a la potestad normativa de los sujetos colectivos. Por lo demás, tal como lo demuestran los órganos de control de la OIT, en sí misma la negociación colectiva no entra en colisión con el principio de "justicia

(19) Loc. cit.

en el gasto público" (artículo 77° de la Constitución) en virtud del cual la orientación de los recursos debe realizarse en función de las prioridades sociales. Por el contrario, la armonización es perfectamente posible desde que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva puede someterse a diversas variantes que la compatibilicen con los ritmos presupuestales y las prioridades de política pública. Si mecanismos hay muchos, quizá lo que falte sea voluntad[20].

5. OTRO PROBLEMA SIMILAR: LAS NORMAS PRESUPUESTALES

Durante mucho tiempo las leyes que regulan la conformación de los presupuestos públicos (en nuestro caso la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) así como las leyes anuales de presupuestales han incorporado disposiciones que aluden a la determinación por norma estatal de las condiciones de empleo o, al menos, de las condiciones salariales. Por mencionar solo algunos ejemplos, la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece en su Cuarta Disposición Transitoria que: "Las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el año fiscal para los pliegos presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la Ley General, se aprueban mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad". Solo en el caso de los gobiernos locales la mencionada disposición señala que la aprobación y reajuste de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos y refrigerio y movilidad de los trabajadores de los gobiernos locales "se efectúa de

(20) No entramos aquí en el análisis del rol que en materia de definición de las condiciones salariales o de empleo vienen desempeñando en la práctica las leyes anuales de presupuesto. Como lo señalamos en otro trabajo, las normas presupuestales tienen poca impacto real en la determinación de las condiciones de empleo debido a que, en un escenario caracterizado por la dispersión salarial, el monto asignado desde el tesoro público no resulta del todo relevante para gran número de trabajadores. La mayor parte de las decisiones relativas a condiciones de empleo se toman en cada entidad y las propias disposiciones presupuestales contienen mecanismos que admiten mecanismos de reajustes que les brindan flexibilidad y que son empleadas por las entidades durante la ejecución del presupuesto anual cuando se trata de dar cobertura a otros gastos. Las potestades de definición autónoma de condiciones de empleo al margen del presupuesto centralizado se incrementan cuando la entidad no pertenece al gobierno central o percibe recursos propios.

acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 070-85-PCM, publicado el 31 de julio de 1985", esto es, mediante trato directo con las organizaciones sindicales. En la misma línea, la Ley N° 28652, Ley de Presupuesto del año 2006, reiteraba una fórmula frecuente en leyes de presupuesto anteriores señalando: "Queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, así como la aprobación de las escalas remunerativas, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo, fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibido el incremento de los incentivos laborales que se otorgan a través del Cafae [Comité de administración de los fondos de asistencia y estímulo]. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones, que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las respectivas escalas remunerativas; así como, aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango y que no se hubieran hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley [...]". Recordemos que así como la reserva de la regulación presupuestal al parlamento no excluye a la negociación colectiva, de igual modo la atribución de las potestades de regulación salarial al ejecutivo no puede ser interpretada como una exclusión de la negociación colectiva pues, de ser así, se incurriría en una interpretación que neutraliza por completo la efectividad de un derecho fundamental. Afortunadamente, este ha sido el criterio que en la práctica han utilizado jueces y tribunales arbitrales al momento de resolver controversias en diversas entidades públicas.

La Ley N° 28927, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2007, contiene una fórmula cuyo tenor difiere significativamente de lo señalado en normas anteriores: "Queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, el monto total de incentivos y beneficios de toda índole cualquiera sea su forma, modalidad mecanismo, fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones, que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las respectivas escalas remunerativas, y de aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango y que no se hubieran hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. La negociación colectiva o arbitraje de índole laboral debe observar la prohibición establecida en el presente literal, bajo responsabilidad". Cabe recordar que las leyes de presupuesto conforman instrumentos para la distribución ordenada y equitativa de los recursos públicos y

vehículos para la fijación de directrices para la gestión de dichos recursos. En tanto instrumentos de los que derivan directrices de gestión, debe resultar claro que estas solo pueden dirigirse hacia los operadores gubernamentales con potestad decisorias sobre aspectos presupuestales, estos es, se trata de lineamientos operativos para los gestores presupuestales que pueden y deben ser confrontados por los jueces con los parámetros constitucionales a los que hemos referido antes, en especial, con la consagración constitucional del derecho a la negociación colectiva. Es cierto que en determinadas circunstancias resulta admisible la fijación de limitaciones de este tipo a la negociación colectiva incluso en el ámbito privado pero, reconocida la fuente constitucional de este derecho, estas limitaciones deben justificarse necesariamente en situaciones especiales en las que medie la preservación de un interés público concreto –no siendo suficiente justificación para producir limitaciones de este tipo la atribución genérica al legislador de las potestades presupuestales– y debe limitarse a lo estrictamente necesario para no neutralizar más allá de lo debido la efectividad de un derecho fundamental(21). Evidentemente, ni vivimos una situación de excepción que justifique la adopción de estas medidas, ni las medidas habilitadas en nuestro caso resultarían apropiadas para afrontar una eventual situación de excepción, aun cuando esta se produjese. En suma, la primacía de la Constitución cuestiona severamente cualquier disposición como la contenida en la actual ley de presupuesto. Es necesario agregar, finalmente, que incluso con referencia a contextos de estabilización el Comité de Libertad Sindical ha señalado que: "En contextos de estabilización económica se debe dar prioridad a la negociación colectiva para regular las condiciones de trabajo de sus funcionarios, en lugar de preferir promulgar una ley sobre limitación de los salarios en el sector público".

(21) Los órganos de control de la OIT aportan algunos criterios que pueden servirnos para reconocer y afrontar estas situaciones: las limitaciones frente a tales supuestos se justifican solo en situaciones de excepción (por ejemplo, crisis financieras o políticas de estabilización), deben dar lugar a la implementación de medidas temporales, limitadas a lo estrictamente necesario y adoptadas previa consulta con las actores sociales. Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 2006.

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL(*)

Mario PASCO COSMÓPOLIS

"Las leyes de protección social, no obstante sean y deban ser aplicadas imparcialmente, fuerzan, siempre, el espíritu del juez a preocuparse con la intención del legislador y con todo aquello que él desearía en el momento en que la ley es aplicada a los hechos. Así se puede descubrir la *mens legis*, en su sentido más auténtico. Es esa la comprensión correcta de las leyes laborales, sopesadas teleológicamente y aplicadas según el método sociológico de interpretación de la norma jurídica".

Russomano

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen y razón de ser del principio protector en el proceso laboral. 3. Definición y alcances. 4. Resistencias y limitaciones. 5. El principio protector: manifestaciones. 6. Colofón.

(*) El presente artículo reformula totalmente y amplía los conceptos expuestos en nuestro libro *Fundamentos del Derecho procesal del trabajo*, AELE, Lima, 1997.

1. INTRODUCCIÓN

No parece haber duda ni discrepancia y sí, más bien, aceptación pacífica de que el principio protector del trabajador –que es la esencia del derecho laboral sustantivo– está también en la base, en el código genético del Derecho procesal del trabajo.

La coincidencia de los diversos estudiosos es total al respecto. Bajo diferentes denominaciones este principio constituye el leitmotiv *o idée fixe,* la razón de ser profunda de este ordenamiento, en tanto disciplina autónoma. Es más, hay una poderosa corriente doctrinaria que entiende que es el único principio auténtico, y que todos los demás que han sido en algún momento propuestos por la doctrina no son sino manifestaciones o derivaciones o proyecciones de aquel(1). De allí, entonces, la siempre actual y renovada importancia de su estudio.

2. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL

La relación laboral no se da entre partes iguales, sino, por el contrario, netamente desiguales. Esa desigualdad, que en la relación sustantiva se manifiesta en la subordinación que somete al trabajador al control y la dirección del empleador, se traslada y aun exacerba en la relación procesal entre ellas. Como dice Raso Delgue(2), "cuando hablamos del principio protector en materia procesal estamos hablando de la raíz misma de este proceso especial, que se construye precisamente como un modo de equilibrar la disparidad de poderes de las partes, que –ya notoria en el vínculo laboral– se evidencia también en la contienda laboral".

En efecto, a las manifestaciones jurídicas, económicas y subjetivas del poderío empresarial y correlativa debilidad del trabajador, se añade una nueva manifestación estrictamente procesal: la supremacía

(1) Por todos, vide ACKERMAN, ibídem, p. 38.

(2) RASO DELGUE, Juan, "El principio protector en el proceso del trabajo", en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 50. Ackerman encuentra su fundamento "no ya –o no solo– en la posición desigual de los contratantes, sino, antes aún, en la resignación de libertad –o de libertades– que supone el trabajo dependiente". Tal criterio, empero, no es transferible a la esfera procesal (ACKERMAN, ibídem, p. 35).

del empleador en materia de prueba, cuestión de muy sencilla y casi obvia demostración.

Si nos centramos en las pruebas clásicas del proceso: la prueba instrumental, la declaración de parte o confesional, la declaración de terceros o testimonial, la pericial y la inspección, es fácil advertir cómo, en la posesión o actuación de todas ellas, el empresario tiene una posición preeminente. Veamos:

- Los documentos, ¿en poder de quién están? Los libros de planillas, los recibos y comprobantes, las instrucciones escritas, los memorandos, todos los documentos en que el trabajo quedan registrados o que directamente son generados por este permanecen en poder de la empresa. El trabajador recibe solo una parte de los mismos, y conserva una porción muy inferior; y eso, si es muy acucioso. Lo normal, lo común, lo acostumbrado es que conserve solo unos pocos documentos aislados, no siempre útiles ni pertinentes dentro de un eventual proceso. Al demandar, el trabajador debe recurrir más a su memoria y a lo poco que puede extraer de esa documentación feble y dispersa que conserva. El empleador, en cambio, lo tiene todo; al salir a juicio y contestar la demanda, no solo sabe lo que tiene en su poder, sino también lo poco que tiene el trabajador, así que conoce desde el inicio las debilidades probatorias del trabajador y sus propias fortalezas.
- La declaración de parte del trabajador, ¿quién la presta? Indudablemente él mismo, quien es por lo general persona poco ducha en menesteres judiciales, intimidada por los formalismos y rituales que rodean a tales actuaciones, y nerviosa por su propio comportamiento. La declaración de parte del empleador, en cambio, ¿quién la rinde? Por lo general un funcionario experto o incluso un abogado con poder especial, profesionales entrenados, familiarizados con el asunto. ¿Puede, entonces, calificarse de modo igual la experticia para afrontar la prueba? y las conclusiones ¿qué se pueden extraer de ellas?
- La declaración testimonial la rinden, en la inmensa mayoría de los casos, otros trabajadores, sujetos como el propio demandante a la sujeción a su empleador, con todo lo que ello significa de carga subjetiva. No son y difícilmente podrían llegar a ser testigos libres e imparciales, dado el temor reverencial y aun el riesgo de eventuales represalias.
- Los peritos de parte no actúan ad honórem, sino que lo hacen legítimamente a cambio de un honorario. La desigualdad económica hace,

por sí sola, que el empleador esté en capacidad para contratar mejores peritos que el trabajador, ya que, aunque el hecho de cobrar honorarios más altos no hace a un profesional mejor que otro, la realidad muestra que los mejores son, por lo general, lo que más cobran.

- Finalmente, una inspección, ¿dónde habrá de realizarse? Casi siempre en el propio centro de trabajo, el cual está en permanente posesión del empleador y al que un trabajador accionante o su abogado difícilmente podrán tener acceso, salvo durante el limitado tiempo de la diligencia.

Por donde se mire, la disparidad de acceso a la prueba es abrumadora. Si el derecho no proveyera al trabajador de algún mecanismo compensatorio, todo litigio estaría basado en una posición inicial de injusticia e inequidad, y culminaría en un resultado también atrozmente injusto. Ese mecanismo compensatorio es, sin más, el principio protector.

3. DEFINICIÓN Y ALCANCES

El principio protector, al que Plá Rodríguez denomina de "desigualación compensatoria"; Nicollielo, "correctivo de la desigualdad social"; Trueba Urbina, "principio de disparidad social" y Sarthou, "corrector de desigualdades o de equiparación", es definido por Pinho Pedreira da Silva como "aquel en virtud del cual el Derecho del trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores"(3).

En su esfera procesal la definición que proponemos es: "La ruptura deliberada de la isonomía procesal, la provocación de privilegios en favor de la parte débil de la relación jurídico-procesal que eliminen o, al menos, atenúen el desequilibrio interpartes, al provocar desigualdades de signo inverso"(4).

(3) PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho, *Principiología do Direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 1997, p. 29.

(4) Destaca Luis Vinatea que este principio ha penetrado la esfera del Derecho procesal civil, donde es recogido como Principio de socialización del proceso, y obliga al juez a evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso, lo que aparece

El principio protector, eje axiológico del Derecho laboral, alcanza su real eficacia recién cuando es receptado por el proceso. Al decir de Murgas(5), "el principio tuitivo que informa a las normas sustantivas de trabajo también penetra en el Derecho procesal del trabajo y resquebraja incluso la formal concepción de igualdad de los litigantes". Más rotundo aún, Giglio señala que "el Derecho material del trabajo se transmite y vigoriza también en el Derecho procesal del trabajo" y que las "características del Derecho material del trabajo imprimen sus marcas en el derecho instrumental, particularmente en cuanto a la protección del contratante más débil, cuya inferioridad no desaparece, sino que persiste en el proceso"(6).

Russomano, después de recordar que en el Derecho procesal civil y, sobre todo, en el procesal penal "la simpatía del legislador se dirige al reo, porque el reo está en posición de defensa y, en el plano criminal, más allá de eso, es la parte socialmente minusválida", destaca que en "el Derecho procesal del trabajo es todo lo contrario. El actor, en general, es el trabajador, o sea, la parte que necesita, por su situación social, no solamente de leyes materiales de protección, sino, también, de leyes del proceso que tomen en consideración sus condiciones económicas y personales"(7).

Porque, en último término, como ha establecido la jurisprudencia constitucional de España a través de su máximo tribunal, a la finalidad de protección del trabajador "[...] sirven no solo las normas sustantivas sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el

recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú (VINATEA RECOBA, Luis, "Los principios del derecho del trabajo en el proceso laboral", en VV.AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje de Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 103). Por otro lado, prestigiosos autores como Plá Rodríguez, Russomano y Montoya Melgar habían resaltado tiempo atrás esta "laboralización del proceso civil", como la denomina el último de los citados (Cfr. RACCIATTI, Octavio Carlos, "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo", en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 21).

(5) MURGAS TORRAZZA, Rolando, *Estudios laborales*, Panamá, 1983, p. 231.

(6) GIGLIO, WAGNER, D., *Direito processual do trabalho*, 9ª ed., LTr, Sâo Paulo, 1995, pp. 105 y 106.

(7) RUSSOMANO, Mozart Víctor, *O Decálogo do Processo Trabalhista*, Forense, Sâo Paulo, 1986, p. 28.

Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquel como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por este"[8].

4. RESISTENCIAS Y LIMITACIONES

No es absolutamente pacífica, sin embargo, la aceptación de este principio protector en lo procesal, en tanto que rompe –o, por lo menos, debilita– el principio contradictorio que supone una dialéctica procesal simétrica. Parte de la doctrina entiende que la desigualación tutelar del trabajador se da y se agota en el derecho sustantivo, y que es suficiente allí, sin que sea necesario trasladarla al campo procesal donde debe imperar, por el contrario, el riguroso principio de la igualdad. Así, por ejemplo, Wilson de Souza Campos Batalha[9] sostiene que en el proceso laboral "tiene vigor el principio de igualdad de las partes", y añade: "Los principios *in dubio pro misero* e *in dubio pro reo*, con su símil *in dubio pro fisco*, no prevalecen como principios de orden procesal. Prevalecen cuando se trata de dudas acerca de la relación jurídica que se discute en juicio, pero no constituyen excepciones al principio de igualdad de las partes en el proceso. Las inversiones del *onus probandi* deben ser consagradas a través de presunciones, *iuris tantum* u *hominis*, sin que se altere el equilibrio de las partes del contradictorio", citando en apoyo de su posición a U. Rocco y M.A. Oderigo.

También la doctrina española proclama como uno de los principios del proceso laboral el de igualdad, "de modo que cada uno de los sujetos que intervienen como partes principales en el seno de la relación procesal deben ostentar facultades y cargas equivalentes en el curso del proceso. La transposición al ámbito procesal del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley se constituye en el fundamento más inmediato de la exigencia del respeto a dicho principio dentro del proceso laboral; asimismo, de la necesaria contradicción en el proceso y de la prohibición de indefensión deriva un necesario tratamiento paritario entre las partes. A

(8) Ibídem, p. 239.

(9) BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, 2ª ed., LTr, São Paulo, 1985, p. 116.

su vez, este tratamiento paritario induce, correlativamente, a una posición de inexcusable neutralidad por parte del órgano judicial"[10].

Racciatti[11] destaca que "la doctrina española resuelve la tensión entre igualdad procesal y desigualdad sustantiva afirmando la idea del equilibrio procesal"; y para ello cita a Baylos, Cruz y Fernández, quienes dicen: "En todo proceso de trabajo existe una tensión entre el respeto a la igualdad de las partes como garantía del derecho a su defensa en el proceso, y la alteración de reglas procesales en aras justamente de lograr la igualdad sustancial de las partes. Con fundamento en la prohibición de indefensión [...] la solución de estas tendencias se resume en la idea de equilibrio procesal [...] por el que deben velar de oficio los órganos judiciales".

En puridad, el conflicto entre el principio protector, que provoca una deliberada desigualdad compensatoria, y el principio contradictorio, que se sustenta en la absoluta igualdad procesal, es más aparente que real. No se trata de una dicotomía excluyente "igualdad *vs.* protección", sino de definir un concepto o tomar una posición acerca de la igualdad. De Buen expresa en forma inigualable que la protección "rompe en forma dramática con la tesis de la igualdad que ahora, en vez de ser un punto de partida, es, simplemente, el objetivo a cumplir a través de un proceso netamente tutelar"[12].

En efecto, el principio protector no rompe con el principio de igualdad, sino exactamente al revés: es el medio para lograrla. "El juez de trabajo –dice Vinatea[13]–[...] tiene la obligación de evitar que esas des-

---

(10) BAYLOS GRAU, Antonio, *et al.*, *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Trotta, Madrid, 1991, p. 42. Es necesario advertir que los autores matizan la aplicación del principio de igualdad reconociendo que "en el ejercicio de la tutela judicial efectiva debe ponderarse la desigualdad social" de las partes, y que "la función básicamente tuitiva que en este contexto posee el ordenamiento judicial va a influir en el sentido y orientación de ciertas instituciones procesales en lo laboral".

(11) RACCIATTI, Octavio, citado por BABACE, Héctor, "El principio protector o equilibrador de desigualdades", en *Grupo de los Miércoles: Derecho procesal del trabajo. Treinta estudios*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 71.

(12) DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho procesal del trabajo*, 4ª ed., Porrúa, México D.F., 1996, p. 67.

(13) VINATEA RECOBA, "Los principios del derecho del trabajo en el proceso laboral", cit., p. 101.

igualdades afecten el proceso y lo tornen ineficaz. Se trata, más que de un deber de protección, de un deber por la igualdad. De algún modo, el proceso laboral se convierte en uno en el que la igualdad resulta ser la más importante regla de debido proceso y, desde esta perspectiva, la necesidad de dotar de reglas y desde un punto de vista administrativo, proveer facilidades que permitan la igualdad en el proceso, se convierten en un presupuesto de aquel".

Igualdad, sí, no como medio sino como resultado: en eso consiste, en definitiva, el principio protector.

Es por ello trascendental enfatizar que la desigualdad compensatoria se produce en y por la ley, pero no puede afectar la neutralidad del juzgador. El juez –dice Russomano– "es imparcial pero la ley que él aplica es parcial como todas las leyes de protección. La imparcialidad personal y funcional del magistrado no está perjudicada por el hecho de que debe aplicar una ley parcial. El juez recibe la acción, instruye la demanda y la estudia con absoluto espíritu de imparcialidad. 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 formular la sentencia sino también al conducir el proceso. La interpretación de la ley y de la prueba debe obedecer, por lo tanto, a criterios peculiares a la naturaleza y a las finalidades del Derecho del trabajo"(14).

Cruz Villalón(15) lo destaca muy expresivamente al señalar que "la actuación del órgano judicial debe ser exquisitamente neutral, limitándose a aplicar el Derecho al caso concreto, otorgando el amparo judicial a quien le asiste la razón desde el punto de vista de la norma sustantiva", no obstante lo cual "en sede judicial debe ponderarse la desigualdad social que se produce entre las partes dentro de las relaciones laborales", y que considera que "con todos los matices que se deben efectuar, el rol tuitivo propio de la legislación laboral ha de tener también sus consecuencias en el terreno procesal", como ha expresado al Tribunal Constitucional español al

(14) RUSSOMANO, Mozart Victor, citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Visión crítica del derecho procesal del trabajo", en Giglio W. D. (coord.), *Proceso do trabalho na América latina. Estudos em homenagen a Alcione Niedereaurer Correo*, LTr, Sâo Paulo, 1991, p. 249.

(15) CRUZ VILLALÓN, Jesús, "España: la reforma del proceso laboral", en *Revista Debate Laboral*, N° 10(1), San José de Costa Rica, pp. 158-159.

afirmar que el carácter de "ordenamiento compensador e igualador también es referible al proceso de trabajo".

Y también Teixeira Filho[16] señala que: "Una de las reglas fundamentales, dictadas por ley (CPC, artículo 125°.1), que nortea la actividad del juez en la dirección del proceso, es la de su *imparcialidad*. De esto resulta que colocado *entre las partes y encima de ellas*, se le impone dispensar un tratamiento procesal rigurosamente ecuánime, sin propender, por razones emotivas, ideológicas, o por cualquier otra razón, para este o para aquel lado./ Esa imparcialidad del juzgador integra la garantía del *due process of law*, consagrada por las legislaciones modernas[...]/ La afirmación del imperativo de imparcialidad del juez, con todo, no importa una contradicción a nuestro entendimiento [...] de que así como el derecho material, el procesal debe nutrirse, en cuanto sea posible, de un propósito protectivo del trabajador./Aunque coexistan, simbióticamente, juzgador y proceso, el carácter proteccionista que se confiere a este no se comunica ni altera la imparcialidad de aquel".

En suma, quien protege al trabajador es la ley, no el juez. Es el proceso el que desiguala con finalidad tuitiva, no el magistrado, quien debe ser *exquisitamente imparcial* y ajustar su conducta y su criterio a la verdad y a la justicia, aun cuando estas no le den la razón al trabajador, obviamente porque no la tiene.

Sagardoy[17] sintetiza de modo magistral el dilema: "No es recomendable que el juez sea blando, sino que el legislador sea justo".

5. EL PRINCIPIO PROTECTOR: MANIFESTACIONES

El principio protector en lo procesal se manifiesta tanto de manera directa, intrínseca o exclusivamente procesal, como de manera indirecta o paraprocesal. En forma directa, cuando el proceso crea desniveles que buscan favorecer al trabajador, caso, por ejemplo, de la "carga de la prueba"; de manera indirecta, cuando actúa como instrumento exegético o decisor de la norma sustantiva, lo que se da a través de las reglas pro operario (*in dubio pro operario*, por ejemplo).

---

(16) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *A prova no processo do trabalho*, 4ª ed., Ltr, Sao Paulo, 1988, p. 37 (Traducción libre nuestra).

(17) SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación de Derecho del trabajo*, Acarl, Madrid, 1989, p. 27.

5.1. Manifestaciones directas o procesales del principio protector

a. Iniciación de oficio del proceso

El proceso laboral puede, por excepción y en casos concretos previstos por el ordenamiento, ser entablado por iniciativa oficial; es decir, un ente público se anticipa y sustituye al trabajador. Trastoca así el aforismo clásico del proceso dispositivo *nemo iudex sine actore*, que consagra la necesidad de que el proceso se inicie a petición de parte interesada y legitimada.

Expresiones de ello se dan en la legislación española, donde la administración del trabajo, a través de su servicio inspectivo, puede remitir a la magistratura copia certificada del acta de infracción o, según el caso, de la resolución firme dictada en lo administrativo, que pasa a ser cabeza del proceso judicial. "El legislador no se limita a evidenciar la conexión entre cumplimiento del ordenamiento laboral y cumplimiento de los contratos de trabajo, o, en su reverso, entre infracción administrativa e incumplimiento contractual, encomendando a la inspección el cuidado de que los contratos se ajusten a las prevenciones legales, sino que, consciente de la inmediatividad real de los problemas planteados por la infracción/incumplimiento, instrumenta un mecanismo procedimental a través del cual pone en relación la vía administrativa (sancionadora) y la vía jurisdiccional (de atribución de derechos). Ese mecanismo es la llamada 'demanda de oficio' para cuya interposición está facultada, como postulante público, la administración de trabajo. El fundamento de esta iniciación oficial del proceso de trabajo está suficientemente claro: la administración de trabajo, en virtud de su función tuitiva, reconocida por la ley y la jurisprudencia, suple o sustituye la acción del trabajador afectado por un incumplimiento empresarial que simultáneamente sea infracción del ordenamiento y violación de deber contractual, realizando una actividad procesal equivalente a la demanda, y con la cual quiere prevenirse el perjuicio que se derivaría para el trabajador, bien sea por ignorancia de los derechos, bien por el temor de ejercitarlos"(18).

La legislación brasileña contempla una situación similar cuando, en el curso de una inspección, las alegaciones del empleador versan sobre la

(18) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Inspección del trabajo y efectividad de los derechos laborales: sobre la iniciación de oficio de los procesos de trabajo*, Separata de Derecho y proceso, Murcia, 1980, pp. 561-562.

inexistencia de la relación laboral y resulta imposible verificar esa condición por los medios administrativos, caso en el que el proceso es encaminado a la Justicia del Trabajo (artículo 39º de la CLT). Los actuados administrativos fungen de cabeza del proceso judicial. Asimismo, el Ministerio Público puede promover la denominada "acción pública laboral", en defensa de intereses colectivos (Ley Complementaria de la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 75/93).

También se concede iniciativa *ex officio* en la República Argentina para el caso de los accidentes de trabajo.

Montoya Melgar atribuye estas situaciones, en el caso español, a la "función tuitiva" reconocida a la administración, que, en este caso, trasciende a lo procedimental. Igual razonamiento es aplicable a los demás casos reseñados, ya que la única explicación para la intervención estatal es la tutela del trabajador, quien muchas veces ignora sus derechos o se ve limitado en su capacidad para exigirlos judicialmente.

b. Privilegios procesales al trabajador

El Código de Colombia consagra en su artículo 69º el principio de que si una sentencia de primera instancia fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, sin ser apelada, debe ser necesariamente consultada con el respectivo tribunal superior del distrito judicial.

De ese modo, exonera en buena cuenta al trabajador de la obligación de apelar o, dicho de otro modo, lo precave contra la eventualidad de que, por omisión o desidia de su abogado, pueda quedar en estado de indefensión ante una resolución contraria.

También el artículo 350º.3 del Código General del Proceso uruguayo autoriza, por excepción, que el trabajador pueda modificar la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente que carencias de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a los derechos que le asisten. En tal caso se otorga a la contraparte oportunidad para la adecuada contestación.

c. Redistribución de la carga de la prueba

En el proceso laboral la carga es atribuida al empleador, quien es por lo común el demandado, con lo que revertido el criterio usual, consagrado

en las expresiones latinas: *Semper onus probandi ei incumbit qui dicit, Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit, Actori incumbit onus probando, Actor non probante, reus absolvitur, Reus in excipiendo fit actor,* de allí que se hable con frecuencia de reversión de la carga de la prueba. El Tribunal Constitucional español utiliza el término "desviación de la carga de la prueba".

El fundamento para ello es claro: el empleador tiene una posición dominante en materia de prueba, como ha sido expuesto líneas arriba.

Hay dos maneras de consagrar la reversión probatoria: expresa, cuando la norma legalmente así lo determina, como es el caso de la ley peruana, la cual señala que el trabajador solo está obligado a demostrar su condición de tal, producido aquello es cargo del empleador acreditar con prueba que la obligación no existe o que ya ha sido pagada[19]; u oblicua, cuando el ordenamiento consagra determinadas presunciones *iuris tantum* en favor del trabajador, que el empleador está en la necesidad de destruir, como lo hacen la ley colombiana y la panameña[20].

d. Relatividad de ciertas pruebas

En el proceso laboral no son aceptadas con efecto cancelatorio específico las declaraciones abstractas, del tipo de "no tengo nada que reclamar" o "todos mis derechos han sido cancelados" y otras de tipo genérico, contenidas por lo general en los llamados "finiquitos". El juez, en resguardo de la irrenunciabilidad de los derechos, debe escudriñar en búsqueda de la verdad, la cual comúnmente es muy diferente a lo que se desprende del mero documento.

El Código de Trabajo ecuatoriano permite la impugnación de documentos de finiquito en que no hubiera participado un inspector de trabajo, lo cual –en opinión de Barbagelata– "lo sitúa en la línea de apertura a la apreciación libre del valor de los recibos de pagos de salarios y, en general, de toda la prueba documental producida en oportunidad de concertarse el contrato de trabajo o durante su vigencia"[21].

---

(19) Artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636.

(20) Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia (artículos 51° a 61°) y Código de Trabajo de Panamá (artículo 737°).

(21) BARBAGELATA, Héctor Hugo, "Los medios de prueba en el procedimiento laboral", en *Revista Derecho laboral*, N° 119, Montevideo, 1980, p. 549.

La valoración de la prueba toda es diversa en el proceso laboral que en el ordinario, en razón del principio protector, como lo ha determinado la jurisprudencia brasileña: "En Derecho del trabajo la jerarquía de las pruebas, así como la limitación en cuanto a la prueba testimonial, deben ser sopesadas, al menos, con reservas. La naturaleza imperativa de las normas laborales informa la pertinencia del principio de la realidad. De ahí que sea posible separarse del aspecto formal, privilegiando el día a día de la relación jurídica trabajador-empleador. El primero, frente a la necesidad de mantener la fuente de su propio sustento, es conducido, a veces, a aceptar procedimientos condenables del tomador de los servicios. La simple formación de un recibo no excluye, frente a lo dispuesto en el artículo 9º CLT, la posibilidad de cuestionar la real armonía entre lo consignado y lo realmente ocurrido"(22).

e. *Ampliación de facultades del juez: proceso cuasi inquisitivo*

El juez laboral debe tener dentro del proceso una participación activa y efectiva, un virtual protagonismo que, sin disolver la estructura dispositiva del mismo, la tiñe marcadamente de inquisitividad. Como recuerda Coqueijo Costa(23), ya en 1933 la Ley Italiana del Proceso hablaba de "grandes e inquisitivos poderes del juez de trabajo", y varias décadas después Rodríguez-Piñero la califica de "publicitación del proceso".

Nos interesan, por ello, las que se desarrollan en esta última línea, que a nuestro criterio son las siguientes:

e.1. Suplencia de la queja

El segundo párrafo del artículo 685º de la Ley Federal de Trabajo Mexicana indica: "Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda toda las prestaciones que de acuerdo con esta ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la junta, en el momento de admitir la demanda, subsanará esta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la

(22) PEREIRA DA SILVA MACHADO, César Junior, *O onus da prova no processo do trabalho*, LTr, Sao Paulo, 1993, p. 100.

(23) COQUEIJO COSTA, Carlos, "Principios característicos del Derecho procesal del trabajo", en *Revista Derecho laboral*, Nº 117, Montevideo, 1980, pp. 151-152.

demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873º de esta ley".

Conceptualmente, la suplencia de la queja es una alternativa a la facultad de fallo *extra petita*, siendo ambas opciones mutuamente excluyentes. La legislación procesal debe inclinarse por una u otra, esto es, permitirle al juez incorporar una materia *in limine litis* o hacerlo recién a la conclusión del proceso, mas no en ambas ocasiones.

e.2. Fallo inmediato

Normas como la colombiana conceden al juez la posibilidad de fallo inmediato y motivado al término de la audiencia en procedimiento de instancia única, así como al clausurarse el debate en la audiencia de trámite o de prueba en los procesos de instancia múltiple. Con ello se aligera el trámite, con beneficio para el actor. Es más, esa capacidad es viable también, en algunos ordenamientos, para separar los aspectos probados y convictos, que pueden ser objeto de una resolución precoz, de aquellos de prueba compleja o contenido dudoso, que continúan en su tramitación ordinaria, produciéndose dentro del proceso una disgregación que permite que lo que ya no es objeto de debate pueda ser precozmente ejecutado, sin subordinarse ni esperar a que se resuelvan los aspectos más controvertidos.

e.3. Facultad de fallo ultra *y* extra petita

El principio de "inmutabilidad del proceso", según el cual, en palabras del maestro panameño Jorge Fábrega[24], "en determinada etapa procesal inicial, se fija definitivamente y consolida el cuadro objetivo, subjetivo y de tramitación del proceso y que la correspondiente estructura continúa, sin variación, hasta el momento de dictar sentencia y que aun se prolonga hasta su ejecución"; en el proceso laboral, "no es más que un enunciado general, una orientación, una tendencia, en atención a que el nuevo proceso, en que se prescinde de esquemas formales, se procura que la sentencia decida la pretensión conforme al derecho moral".

---

(24) FÁBREGA, Jorge, "La transformación del proceso", en *Trabajos jurídicos en memoria del Dr. Alberto Trueba Urbina*, México D.F., 1986, p. 184.

Antes bien, al juez laboral se le concede la facultad de ordenar en la sentencia sumas superiores a las demandadas (*ultra petita:* más que lo demandado) y aun, bajo ciertas condiciones y en determinados ordenamientos, materias no incluidas en la demanda inicial (*extra petita:* distinto a lo demandado). Esta prerrogativa constituye una excepción a la inmutabilidad y rompe el llamado principio de congruencia que, según Monroy[25], se expresa en el aforismo latino "*ne eat jude ultra petita partium*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide".

Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber:

a. Que, aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso.

b. Que hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que hayan podido producir convicción absoluta en el juez sobre la procedencia del derecho.

c. Que el derecho sea amparado, esto es, que la facultad se ejerza *pro operario*.

d. Que versen sobre derechos irrenunciables.

Alburquerque[26] plantea al respecto dos cuestiones muy importantes: a. si se trata, para el juez, de una facultad o de un deber, y b. si puede ser atribuida al tribunal de revisión o debe concederse solo al juez de primera instancia. El maestro dominicano apunta sendas respuestas: respecto de lo primero, "en Colombia, los autores entienden que es una simple facultad, opinión que fundamentan en el texto legal que utiliza el verbo 'podrá'; pero bien podría considerársele como un deber desde el momento que la misma se fundamenta en el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. En efecto, si este reclama una suma inferior a la otorgada por la ley, se desconocería tal principio del derecho material si dependiera de la discrecionalidad del juez otorgar o no la diferencia de la

(25) MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 90.

(26) ALBURQUERQUE, Rafael, "Unificación del Derecho procesal latinoamericano", en *XI Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Honduras, 1992, pp. 224-225.

suma dejada de reclamar que por ley le corresponde. Lo mismo se aplicaría en el caso de derechos legales distintos a los incluidos en la demanda". Respecto de la segunda cuestión dice: "Se aduce que si únicamente apela el demandado, cualquier condena adicional que haga el tribunal de alzada significaría una *reformatio in peius*, lo que sería inadmisible; pero, si ambas partes recurren en apelación, el juez de segundo grado se encuentra en la misma situación de la primera instancia, lo que permitiría modificar la condenación. Esta posición no es aceptada unánimemente y algunos autores opinan que la potestad de fallar *ultra* o *extra petita* solo corresponde al juez de primer grado. Aún más, por el efecto devolutivo de la apelación podría sostenerse que la sola apelación del sucumbiente permitiría al juez de la alzada fallar *ultra* o *extrapetita*, aunque lo haga *in peius* de los derechos del patrono demandado». Ambos puntos, concluye, merecen ser debatidos y unificados.

Otorgan estas facultades excepcionales las leyes panameña (artículos 535° y 875° CT), peruana (artículo 48° LPT) y colombiana (artículo 50° CPT), con la salvedad en este último caso de que solo la pueden ejercer los juzgados de primera instancia, no los tribunales de revisión o apelación.

5.2. Manifestaciones indirectas o paraprocesales del principio protector

a. Las reglas pro operario

Las reglas *pro operario*, la manifestación por excelencia del principio protector, sin dejar de ser sustantivas, tienen operatividad y efectividad al actualizarse en el juez. Esas reglas son *in dubio pro operario*, de norma más favorable y condición más beneficiosa.

a.1. In dubio pro operario

La regla de la favorabilidad interpretativa trastoca la hermenéutica procesal, pues esta de ordinario actúa a *favor debitoris* o *pro reo:* en caso de duda debe estarse a lo que favorezca al deudor o al reo. En el proceso laboral la duda favorece al acreedor, que es el trabajador, normalmente el demandante.

La regla *pro operario* no es absoluta ni sirve como regla inflexible frente a toda hesitación interpretativa. Los criterios o límites para su aplica-

ción, según destacan Plá[27] y da Silva[28], son, por una parte, que exista una duda insalvable, inexpugnable, y, por otra, el respeto a la *ratio legis*. En cuanto a lo primero, el intérprete, o sea el juez, debe aplicar todos los medios y métodos interpretativos en que es tan pródigo el Derecho: literal, lógico, analógico, teleológico, histórico, sociológico, etc.; será recién cuando esos métodos resulten impotentes para resolver el enigma legal que aquel quedará autorizado para invocar la regla e inclinar su veredicto en favor del laborante.

Se trata, pues, de un "último recurso", como lo califica acertadamente Ackerman[29], quien cita además a Alarcón Caracuel, el cual señala que "se trata de una regla interpretativa que no sustituye a los criterios hermenéuticos tradicionales –gramatical, lógico, histórico y sistemático– ni al recurso a la analogía ni al juego de la supletoriedad; en el fondo, es una especie de último mecanismo, una regla de cierre que, en realidad, debería emplearse bastante poco; y, de hecho, su empleo riguroso – otra cosa es su simple y gratuita mención– es cosa poco frecuente".

En cuanto a lo segundo, el juez está en el deber de aplicar la norma, mas no facultado para crearla; no se trata de que le enmiende la plana al legislador ni mucho menos que se sienta y se convierta en legislador él mismo, contrariando lo que es el derrotero natural de la norma, sino tan solo de que dilucide la razón de ser de esta, que, al no resultar clara en su enunciado, no puede ser orientada en contra de la parte débil de la relación.

a.2. Norma más favorable

La regla de la norma más favorable[30] es hoy objeto de revisión y aun de cuestionamiento. Autores de tanto prestigio como Octavio Bueno

(27) PLÁ, *Los principios del Derecho del trabajo,* cit., pp. 39-40.

(28) PEDREIRA DA SILVA, *Principiología do Direito do trabalho*, cit., pp. 47-48.

(29) ACKERMAN, ob. cit., p. 53.

(30) La regla de norma más favorable puede ser definida como aquella según la cual, ante la existencia de dos o más normas, todas vigentes, válidas y aplicables a un mismo caso, debe prevalecer la que más beneficie al trabajador. Sobre su aplicación vide PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "La norma más favorable: su determinación", en *X Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Montevideo, 1989; también en *Derecho*, Nº 57, Lima, 2005; y las de los otros ponentes oficiales: Octavio Bueno Magano, Geraldo von Potovsky y Jorge Rosenbaum.

Magano han llegado a afirmar que, a lo largo del tiempo, deberá "ceder paso a la noción de interés preponderante del trabajador, reconocido por el grupo profesional al que pertenece, en el sentido de que sus condiciones de trabajo puedan modificarse o *in melius* o *in peius*, conforme a las circunstancias"(31).

La dilucidación de la norma más favorable compete también en exclusiva al juez; es ante él que se propone el dilema y es él naturalmente quien lo dirime, de modo pues que es un principio procesal por antonomasia, al menos en su aplicación.

Problemas no resueltos de la regla siguen siendo a) el de la forma de determinación de la norma más ventajosa, y b) el de la propuesta de la norma. Respecto de lo primero, las soluciones clásicas son la del conglobamento, la acumulación y la separación por institutos(32).

Respecto de lo segundo, si se adopta la tesis del conglobamento, parece obvio que lo que un juez tiene que hacer en el litigio no es tanto escoger entre dos normas, sino solo definir si la que invoca el trabajador le es o no aplicable, puesto que puede considerarse una presunción *iures et de iure* que si es invocada es porque beneficia; resultaría asaz curioso que el trabajador se amparara en una norma y el juez le endosara otra bajo el argumento de que le es más provechosa. La tutela no puede llegar tan lejos. Esta es la posición de Vázquez Vialard, quien afirma que "cuando el titular del derecho tenga opción a elegir, el juez no puede hacer lugar a algo distinto a lo peticionado"(33). Y Camps llega a afirmar, de modo más

(31) MAGANO, Octavio Bueno, "La determinación de la norma más favorable", en *Anales del X Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Montevideo, 1989. El recordado gran maestro brasileño, con su característica elegancia, añadía estas expresivas palabras: "Solo entonces se liberará Sísifo de la predestinación que lo embrutece. Como diría Camus, un semejante que permanece tan cerca de las piedras, ya es una piedra él mismo. Solo la libertad de elección podrá tornarlo superior a su destino. "*'Il n 'est pas de destin qui ne se surmonte* [...]".

(32) Nos remitimos a nuestro trabajo citado en la nota Nº 4, dedicado en específico a este tema.

(33) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 203. Plá Rodríguez considera que una de las cuestiones que la aplicación de la regla acarrea es definir si su determinación depende o no de la sola apreciación subjetiva de los interesados, o si "debe ser resuelta objetivamente en función de los motivos que han inspirado las normas". PLÁ RODRÍGUEZ, Los principios del Derecho del trabajo, cit., p. 57.

enfático aún, que "cualquier sistema de aplicación de la teoría que no deje en manos del trabajador, individualmente considerado, la determinación de la norma más favorable (pues él es el único que está en condiciones de valorar con alguna exactitud cuál sea esta) deviene insatisfactorio"[34].

Si el método fuera el de la acumulación, en cambio, no puede atribuirse al trabajador la posibilidad de definir las partes de las normas que invoca en su favor, sino apenas el plantearlas, debiendo ser necesariamente el juez quien dilucide si ello es procedente, total o parcialmente. Bueno es advertir, sin embargo, que el método del cúmulo no tiene hoy en día sostenedores, dada su esencia radicalmente demagógica.

a.3. Condición más beneficiosa

La aplicación de la condición más benéfica implica, en cierta forma, reconocer ultraactividad a leyes derogadas, crear un estatuto de privilegio *ad personam* y con ello provocar una ruptura del principio de igualdad, puesto que la regla se aplica a aquellos trabajadores que, al irrumpir la nueva ley peyorativa, habían presuntamente incorporado a su patrimonio jurídico determinados derechos; derechos que no serán reconocidos a los nuevos trabajadores, quienes más bien resultarán sujetos a la regla de aplicación inmediata de la ley, que es hoy la doctrina que prevalece.

Por eso, esta regla tiene cada vez menor vigencia, afectada profundamente por la flexibilización de la normativa laboral, e incluso es objeto de activo cuestionamiento por maestros tan ilustres como Magano. En esa línea, Ackerman afirma: "Ya no se discute –y de hecho no resultaría hoy sencillo encontrar argumentos doctrinarios fundados ni, menos aún, normativos que avalaran la afirmación contraria– la legitimidad jurídica de que, como consecuencia de una modificación legislativa o la sustitución de un convenio colectivo, las condiciones de trabajo establecidas en las nuevas normas resulten *menos favorables* para el trabajador que las fijadas en las anteriores. Afirmar lo contrario supondría sostener la existencia de una suerte de necesaria *progresividad* de la norma laboral –o, simétricamente, su *irreversibilidad*–, cualidad que, más allá de los reproches valorativos que se puedan dirigir a las reformas regresivas o peyorativas, no tiene

(34) CAMPS RUIZ, Luis, *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español de trabajo*, ET, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1976, p. 52.

fundamento jurídico y, por cierto, no es un *principio* del Derecho del trabajo ni una manifestación necesaria del *principio de protección*"[35].

b. Indisponibilidad de derechos

La irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al trabajador constituye, según la doctrina[36], un principio laboral en sí misma. Ahora bien, desde una cierta perspectiva podríamos considerar que integra o al menos se complementa con el principio protector, puesto que la irrenunciabilidad representa una forma de proteger al trabajador. Es esa la razón que nos mueve a considerar que tiene también cabida dentro del proceso laboral, al menos en dos manifestaciones específicas.

En la conciliación –institución que en el proceso laboral está hipervalorada, según expresión célebre de Eugenio Pérez Botija–, no se admite la celebrada privadamente. La conciliación, a diferencia de la transacción, que implica el intercambio mutuo de concesiones, se caracteriza por el respeto a los derechos indisponibles del trabajador. En salvaguarda de los mismos, la conciliación debe ser celebrada necesariamente en presencia de una autoridad pública, preferentemente judicial, o sometida a una posterior confirmación por vía de la homologación.

En similar sentido, muchas legislaciones no admiten el desistimiento sin expresión de causa, vale decir aquel que se ejecuta sin exteriorizar las razones o términos que lo justifican. Es deber del magistrado exigir del actor la manifestación de los motivos que lo llevan a abdicar de su pretensión, como manera de garantizar que no involucre pérdida de derechos.

c. Otras normas de protección

Las manifestaciones del principio protector antes reseñadas no son las únicas; son apenas las más importantes. Existen otras, múltiples, que contornan y conforman dicha protección, tales como:

- **Gratuidad:** el proceso laboral es por lo general gratuito para el trabajador, quien está exonerado del uso de papel sellado, pago de tasas,

(35) ACKERMAN, *ob. cit.*, p. 57.

(36) Por todos, vide PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., p. 77.

costos, costas, etc., que en cambio sí constituyen obligación para el empleador.

- **Defensa gratuita:** en la generalidad de los países, el trabajador puede obtener patrocinio letrado gratuito a través de órganos que, en algunos casos, dependen de los servicios del Ministerio de Trabajo o, en otros, constituyen institutos independientes (Procuraduría del Trabajo).
- **Oralidad-concentración-inmediación-celeridad:** este conjunto de atributos, íntimamente ligados entre sí y virtualmente inseparables, deben conducir a un proceso ideal en el que el máximo de actos pueda ser cumplido en un mínimo de diligencias, presididas personalmente por el propio juez y ejecutadas en forma prevalentemente oral, en aras de lograr una resolución no solo justa y equilibrada, sino pronta, habida cuenta de la naturaleza alimentaria de los derechos patrimoniales del trabajador y la urgencia social que unánimemente se les reconoce.

Para hacerla viable, el Código colombiano autoriza a grabar lo actuado en una audiencia a través de medios electrónicos o magnetofónicos, lo cual representa un inmenso avance, no solo en el aprovechamiento de los recursos que la moderna tecnología aporta, sino que permite mantener en una forma muy aproximada a su evacuación oral actos que, de lo contrario, tendrían que escriturarse, perdiendo la frescura y lozanía que tuvieron en la realidad. Es en ello donde radica, sin duda, la ventaja inmensa que el proceso oral tiene respecto del escriturario.

Es a estos caracteres típicos o peculiaridades, derivados e integrantes del principio protector, a los que gran número de estudiosos ha tomado por principios, sin advertir que son efecto y no causa.

6. COLOFÓN

Si el principio protector es la esencia del Derecho laboral, como el alcohol lo es del vino, según decía Carnelutti, lo es también para el Derecho procesal del trabajo, porque el proceso no es un fin en sí mismo, sino el medio para que actúen y se hagan efectivos los derechos sustantivos.

De poco valdría, en efecto, dar una especial tutela legal al trabajador si, al reclamar sus derechos ante los estrados judiciales, quedara a merced

de la desigualdad que, siendo inseparable de la relación laboral e insuperable en ella, se amplía y agudiza en la relación procesal.

Por eso dice Rafael Alburquerque[37]: "El reconocimiento del principio protector en el Derecho del trabajo conduce ineluctablemente a considerar su presencia en el Derecho procesal del trabajo, pues es precisamente en el ámbito del procedimiento en donde adquieren pleno valor las reglas que se derivan de este principio".

[37] ALBURQUERQUE DE CASTRO, Rafael, "El principio protector en el proceso laboral", en *XIII Congreso iberoamericano de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Panamá, 1998, T. II, p. 99.

LA PRESCRIPCIÓN LABORAL

Javier NEVES MUJICA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La tesis de los hechos cumplidos y el ámbito prescriptorio. 3. La sucesión de plazos prescriptorios. 4. La inconcebible jurisprudencia sobre la prescripción. 5. La prescripción laboral en los proyectos de Constitución y Ley General del Trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se propone contribuir al esclarecimiento del controvertido tema de la prescripción laboral, en especial de su plazo, cuando se produce una sucesión de normas reguladoras. Hay una enorme confusión en el Tribunal Constitucional y –ojalá que solo eso– en algunas Cortes Superiores, como las de Ica y Huánuco, que se han convertido en solicitados foros a los que concurren los ex trabajadores, particularmente de la empresa Telefónica del Perú, a reclamar derechos cuyas acciones ya han prescrito y les son, sin embargo, reconocidos, aplicándose –insólitamente– la Constitución de 1979. Si el país está empeñado en atraer la inversión extranjera, debería preocuparse por corregir estas graves distorsiones que, sin duda, la afectan, antes de plantear nuevas e infundamentadas revisiones de la legislación laboral en vía de disminución de los derechos de los trabajadores.

2. LA TESIS DE LOS HECHOS CUMPLIDOS Y EL ÁMBITO PRESCRIPTORIO

Los conceptos de irretroactividad y retroactividad suelen estar contenidos en todas las constituciones de los Estados democráticos, el primero como regla y el segundo como excepción. Nuestras Constituciones de 1979 y de 1993 no omiten estos criterios. Sin embargo, dichos conceptos poseen significados distintos según la teoría sobre vigencia de las normas en el tiempo desde la que se lean. Así, para la tesis de los hechos cumplidos la irretroactividad supone aplicar la nueva norma a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes al momento de la sucesión normativa; y la retroactividad consiste en aplicarla a los hechos ya cumplidos. En cambio, la tesis de los derechos adquiridos define como irretroactividad la aplicación de la antigua norma a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes al momento de la sucesión normativa; y como retroactividad la aplicación inmediata de la nueva. La diferencia es sustancial: lo que para la primera tesis es ordinario, que es la aplicación inmediata de la nueva norma, para la segunda resulta extraordinario; y la primera no admite la subsistencia de la regulación de un suceso por la antigua norma, mientras la segunda rechaza que la nueva norma pueda regular sucesos producidos antes de su vigencia.

Ambas Constituciones coincidieron en formular los criterios de la irretroactividad y la retroactividad, sin especificar la teoría sobre vigencia de las normas en el tiempo que acogían. La ausencia fue suplida primero por el Código Civil, luego por el Tribunal Constitucional y, finalmente, por la reciente reforma constitucional. En lo que respecta al Código Civil, es clara la recepción de la tesis de los hechos cumplidos. El artículo III de su Título Preliminar, así como su artículo 2121°, enuncian que la nueva norma rige las relaciones existentes al producirse la sucesión normativa. No obstante, se aceptan dos excepciones: los hechos que estaban regulados por el antiguo Código Civil de 1936 y no lo están por el nuevo de 1984, seguirán rigiéndose por aquel (artículo 2120°); y las reglas sobre prescripción cuando haya sucesión normativa, según las cuales la prescripción iniciada con el Código Civil de 1936 continuará rigiéndose por este (artículo 2122°). En los dos casos, se recoge la tesis de los derechos adquiridos. El límite principal de la plasmación de la tesis de los hechos cumplidos por el Código Civil está en que, a pesar de consolidar los criterios de interpretación y aplicación de las normas que –en principio– deberían o podrían valer para todo el sistema jurídico, se trata de una ley más, a la que

puede establecérsele salvedades por otra u otras leyes. De hecho así ocurrió constantemente en el ámbito laboral, privado y público, y en el previsional, por ejemplo, cuando al sustituirse la anterior legislación sobre estabilidad en el empleo (Ley N° 24514) por la nueva (Decreto Legislativo N° 728), se dispuso, tanto en la ley autoritativa como en este, que deberían respetarse los derechos adquiridos.

Para el Tribunal Constitucional la cuestión se saldó al publicarse en abril de 1997 las sentencias recaídas en los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967 y del Decreto Legislativo N° 817 (Expedientes N°s 007-96-I/TC y 008-96-I/TC). En ellas sostuvo dicho organismo jurisdiccional, que la Constitución de 1993 y no solo el Código Civil, recogía la tesis de los hechos cumplidos. Utilizó como argumento el artículo 109°, que alude a la vigencia de las leyes con fecha posterior a su promulgación y publicación (Fundamento N° 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). El razonamiento nos parece equivocado, porque la divergencia entre las teorías sobre vigencia de las normas en el tiempo no reside en la oportunidad en que debe entrar a regir la nueva norma, que en cualquier Estado de Derecho tendrá que ser siempre después de su publicación, sino en que si en dicha ocasión se afectará relaciones existentes (hechos cumplidos) o no (derechos adquiridos). Mejor hubiera sido inferir de la adopción, como excepción, de la tesis de los derechos adquiridos por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, relativa al campo pensionario, la recepción de la tesis de los hechos cumplidos, como regla, por argumento a contrario sensu, para el resto de materias. Sin embargo, como intérprete supremo el Tribunal Constitucional ya fijó una posición: la Constitución acoge la tesis de los hechos cumplidos. Queda claro entonces que ya no cabrían salvedades legales.

Esta conclusión se refuerza con la reforma constitucional del artículo 103° aprobada en noviembre del año pasado por el Congreso. Se ha introducido en un precepto que refundía diversas reglas de interpretación y aplicación de las normas, algunas de ellas oriundas del Código Civil, como la referida a la vigencia de las normas en el tiempo contenida en el artículo III del Título Preliminar de este. Las materias en las que, por excepción, se reconocían derechos adquiridos habrían quedado sujetas a la tesis contraria de los hechos cumplidos. Las leyes que los proclamaban habrían incurrido en inconstitucionalidad sobreviviente, así como estarían impedidas de restablecerlos en el futuro.

Es inevitable preguntarse, qué sucede, en específico, con el artículo 2122° del Código Civil, que acoge la tesis de los derechos adquiridos en el campo prescriptorio. Debemos comprender en la interrogante a las normas laborales que reprodujeron el criterio contenido en aquel: desde el Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 hasta las Leyes N°s 27022 y 27321. El primero se remitió expresamente al artículo 2122° del Código Civil (Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias, Derogatorias y Finales) y las segundas copiaron su idea: la prescripción iniciada antes de la vigencia de esta ley, se rige por la ley anterior (en ambos casos en la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final). En nuestro concepto, el empleo estricto de la tesis de los hechos cumplidos en el ámbito prescriptorio podría conducir a acortar o alargar indebidamente los plazos. Por un lado, ella supondría, en rigor, que el nuevo plazo debería regir para prescripciones que están en curso, no computándose desde la entrada en vigencia de la nueva norma, si no hacia atrás. Si la antigua norma otorgaba un plazo para interponer una acción, que ya se encontraba corriendo, por ejemplo, de diez años, y se expide una nueva norma con un plazo más corto, tal vez de tres años, tendríamos que aplicar este, aunque el saldo que quedara fuera muy breve, quizá de unos días o semanas, porque así lo manda la tesis de los hechos cumplidos. Solo quedaría descartada esta aplicación si el nuevo plazo menor ya hubiera vencido al entrar en vigencia la segunda norma, porque en dicho caso la aplicación de esta sería retroactiva. El Código Civil salva, en parte, la cuestión al disponer que el nuevo plazo se computa desde que la nueva norma entra en vigencia.

Por otro lado, este último criterio haría posible la prórroga indefinida de los plazos, si cuando estos estuvieran por vencer se produjera una sucesión normativa, que previera un nuevo plazo, el que tendría que ser aplicado. No parece razonable, pues, la utilización de la tesis de los hechos cumplidos en el campo prescriptorio. Sin embargo, como la Constitución no prevé literalmente otra excepción a la tesis de los hechos cumplidos que la del ámbito penal (artículos 103° –reformado– y 139°, numeral 11), tendría que construirla el Tribunal Constitucional por vía de interpretación teleológica también para el prescriptorio. Algo similar ha sucedido cuando –hasta donde llega nuestro conocimiento, de modo más tácito que expreso– el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han seguido reconociendo la vigencia retroactiva de los convenios colectivos, prevista en el artículo 43°, inciso b del Decreto Ley N° 25593, a pesar de que la Constitución solo admite textualmente la retroactividad en materia penal (artículo 103°).

3. LA SUCESIÓN DE PLAZOS PRESCRIPTORIOS

La duración del plazo prescriptorio en materia laboral ha experimentado sustanciales modificaciones en las últimas décadas. Fue fijado primero en quince años por la Constitución de 1979 (artículo 49°), vigente desde el 28 de julio de 1980: "El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es en todo caso preferente a cualquier otra obligación del empleador. La acción de cobro prescribe a los quince años". Al sustituirse esta por la de 1993, que no se ocupaba de la cuestión, se tuvo que acudir, en vía supletoria, al Código Civil de 1984. Como este disponía de dos plazos que podían ser utilizados, que eran el de prescripción de la acción personal, de diez años y el de prescripción de la acción para el pago de retribuciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral, de tres años (artículo 2001°, numerales 1 y 3, respectivamente), surgió un debate respecto a cuál debía ser empleado. La jurisprudencia resolvió la controversia fijando el plazo de diez años, que era el más favorable al trabajador y quizá el más pertinente, ya que el otro estaba previsto para contratos de prestaciones de servicios en régimen de autonomía (los de locación de servicios y de obra, en el ámbito civil; y de agencia, comisión y corretaje, en el ámbito mercantil), situación contraria a la regulada por el ordenamiento laboral, en la que los servicios se prestan en régimen de subordinación. Por tanto, desde el 30 de diciembre de 1993 el plazo prescriptorio quedó establecido en diez años.

De allí en adelante, resurgió la regulación de los plazos prescriptorios de modo específico por el ordenamiento laboral, aunque a nivel legislativo. Primero, fue fijado en tres años por la Ley N° 26513 (del 27 de julio de 1995); luego, en dos años (en virtud de la Ley N° 27022 del 24 de diciembre de 1998); y, finalmente, en cuatro años (por la Ley N° 27321 del 23 de julio de 2000), todas ellas modificatorias del Decreto Legislativo N° 728. Estas normas difieren, además, en la oportunidad desde la que se computa el plazo prescriptorio. Aunque este asunto no es materia de este trabajo, cabe señalar que la Constitución de 1979 no se pronunció sobre tal cuestión y la jurisprudencia interpretó el criterio sentado por el artículo 1993° del Código Civil: la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, como una referencia a la fecha de la extinción del vínculo laboral, porque no podía exigirse al trabajador que interpusiera su acción cuando la relación estaba vigente, dada la notoria desigualdad material entre las partes, que podría acarrearle graves perjuicios.

Esta lectura prosiguió incluso cuando la primera de las leyes mencionadas acogió dicho criterio: la prescripción se cuenta desde que los derechos resulten exigibles y, con mayor razón, cuando las dos últimas determinaron que se cuente a partir del día siguiente a aquel en el que se extingue el vínculo laboral. Respecto al vencimiento al plazo, sí es claro que conforme a la regla establecida por el artículo 183° del Código Civil, el plazo se cumple en el año de vencimiento, en el mes y día de este correspondiente a la fecha del año inicial.

Cuando se produce una sucesión de normas que establecen plazos prescriptorios, como la que ha ocurrido en el terreno laboral, resulta muy probable que estos se superpongan. Es necesario, entonces, adoptar reglas claras para decidir qué plazo debe aplicarse. El Código Civil de 1984 tiene una, específicamente prevista para regular la sucesión del anterior por aquel: "La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad" (artículo 2122°). La pregunta que cabe formularse es la de si puede aplicarse esta regla de modo general para toda sucesión de normas prescriptorias, fuera del concreto caso de la sustitución del Código Civil de 1936 por el de 1984. Nos parece que debemos distinguir aquí dos fases: hasta la dación de la Ley N° 27022 y desde allí en adelante.

En la primera fase no cabe duda de que la regla resulta aplicable más allá del supuesto específico para el que fue concebida, incluyendo el campo laboral. Se llega a esta conclusión porque así lo establecieron el Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 (del 27 de enero de 1996), en la Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias, Derogatorias y Finales: "Para efectos de la aplicación de la Primera Disposición Complementaria de la Ley, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 2122° del Código Civil"; así como el Acuerdo N° 3 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997: "El plazo de prescripción de los beneficios de carácter laboral se computa conforme a la norma vigente al momento que la obligación sea exigible, salvo que por norma posterior se estipule un plazo distinto, en cuyo caso la prescripción operará en el que venza primero". Hubiera sido técnicamente mejor que la regla estuviera en la ley y no en estos documentos, pero ello no ocasiona su invalidez. De este modo, en tal fase, se podría formular la regla en los siguientes términos: si al entrar en vigencia la nueva norma, el saldo del plazo prescriptorio

establecido por la antigua (computado desde que el derecho es exigible) es mayor al nuevo plazo (computado desde la fecha en que entra en vigencia la nueva norma), se aplica la nueva norma; pero si dicho saldo es menor, se aplica la antigua norma.

La cuestión ofrece serias dificultades en la segunda fase. El artículo 2122° del Código Civil contiene dos criterios, el primero formulado como regla: la prescripción iniciada con la vigencia del anterior Código Civil se sigue rigiendo por él; y el segundo como excepción: salvo que el nuevo plazo pueda transcurrir completo desde que el actual Código Civil entra en vigencia. Si concordamos esto con lo dicho antes, el primer criterio sería a su vez una excepción a la tesis de los hechos cumplidos y el segundo volvería a acoger esta tesis. El problema reside en que la Ley N° 27022 –y también su sucesora, la Ley N° 27321– adopta explícitamente el primer criterio, pero guarda silencio sobre el segundo. Ambas normas establecen que la prescripción iniciada antes de su vigencia se rige por la ley anterior, mas no precisan si ante la existencia de un nuevo plazo menor este debe aplicarse. La interrogante inevitable es la de si puede utilizarse supletoriamente la última parte del artículo 2122° del Código Civil para recoger el segundo criterio también en el ámbito laboral.

Esta posibilidad tropieza con dos contundentes objeciones: por un lado, la supletoriedad supone que hay una norma que es la pertinente para regular un hecho y no lo hace, llamada suplida, en cuyo defecto se aplica otra que sí lo hace, llamada supletoria. La norma suplida será siempre más especial que la supletoria. En la pretendida aplicación supletoria del segundo criterio del artículo 2122° del Código Civil al ordenamiento laboral, el esquema de norma suplida especial y norma supletoria general no funciona. El artículo 2122° del Código Civil es, respecto a dicho criterio, más especial que las reglas de las Leyes N°s 27022 y 27321 sobre la materia. De este modo se sale del cuadro de aplicación de la supletoriedad, que es reiterado en las diversas áreas de nuestro ordenamiento: leyes civiles especiales/Código Civil (artículo IX del Título Preliminar del Código Civil), leyes procesales civiles especiales/Código Procesal Civil (Primera de las Disposiciones Complementarias y Finales del Código Procesal Civil), leyes penales especiales/Código Penal (artículo X del Código Penal), sociedades sujetas a régimen legal especial/Ley General de Sociedades (artículo 2° de la Ley General de Sociedades), procedimientos administrativos especiales/Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General), etc.

Por otro lado, según precisa el propio Código Civil, en el artículo IX de su Título Preliminar, para que quepa la aplicación supletoria no debe haber oposición de naturaleza de la norma supletoria a la suplida. Sin embargo, esta colisión parece presentarse aquí, ya que mientras el ordenamiento laboral busca lo más favorable al trabajador, que consistiría en utilizar el plazo prescriptorio mayor, el ordenamiento civil busca en este campo la aplicación del plazo prescriptorio menor, por seguridad jurídica.

No podemos, tener por recogida por vía supletoria una de dos reglas, cuando la otra sí se ha recibido expresamente. Si hubiera incertidumbre, en todo caso, debería emplearse el principio del *in dubio pro operario*, proclamado por la Constitución (artículo 26° numeral 3) y la Ley Procesal del Trabajo (artículo II de su Título Preliminar).

Por las consideraciones expuestas, descartamos, desde la vigencia de la Ley N° 27022, la salvedad formulada por la segunda parte del artículo 2122° del Código Civil. En consecuencia, en el ámbito laboral, la prescripción se rige por la ley vigente al momento de iniciarse, sin importar si esta ha sido modificada por otra, ni qué plazo establece.

4. LA INCONCEBIBLE JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Cuadro N° 1

PERIODO	NORMA	VÍNCULO LABORAL SE EXTINGUE	PLAZO PRESCRIPTORIO, SALVO NUEVO PLAZO MENOR
1	Constitución de 1979	Hasta el 30/12/93	15 años
2	Código Civil	Entre el 31/12/93 y el 27/07/95	10 años
3	Ley N° 26513	Entre el 28/07/95 y el 23/12/98	3 años
4	Ley N° 27022	Entre el 24/12/98 y el 22/07/00	2 años
5	Ley N° 27321	Desde el 23/07/00	4 años

Conforme al primer criterio establecido por el artículo 2122° del Código Civil, recogido por el ordenamiento laboral, criterio que se expuso antes, la prescripción iniciada por la antigua norma sigue rigiéndose por ella, aunque hubiera sido sustituida por otra. De este modo, se consa-

gra la –así llamada por la teoría de los hechos cumplidos– ultraactividad de la norma derogada o modificada. Esto significa que –si nos remitimos al Cuadro N° 1– según el periodo en el que se extinguió la relación laboral, la prescripción de los derechos nacidos de esta, estaría regulada por la norma vigente durante él. Por tanto, sería admisible, por ejemplo, utilizar el plazo de quince años previsto por la Constitución de 1979 para la prescripción de todos los derechos generados mientras estuvo vigente. Hasta fines del año 2008 cabría reclamar el reconocimiento de derechos ganados durante la vigencia de dicha Constitución.

Sin embargo, como ya se ha planteado, hay un segundo criterio en dicho precepto del Código Civil: la prescripción pasa a regirse por la nueva norma si el plazo previsto en esta puede transcurrir completo desde su entrada en vigencia. Este último criterio, que tuvo recepción por el ordenamiento laboral (el Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 y el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997 dan cuenta de ello), recién se abandonó en 1998, con la dación de la Ley N° 27022. Por consiguiente, en la transición del periodo 1 al 2 y de este al 3, como los plazos prescriptorios fueron acortándose (de quince a diez y de diez a tres años, respectivamente), el plazo prescriptorio venía rigiéndose por la antigua norma –en función del primer criterio anotado–, y: a) continuaba rigiéndose por ella si el saldo del plazo era menor que el previsto por la nueva norma, o b) pasaba a regirse por esta, si el saldo del plazo de la antigua norma era mayor. En ningún caso sería posible aplicar hoy día el plazo prescriptorio fijado por la Constitución de 1979. Este debió extinguirse, en principio, el 31 de diciembre del 2003, en que se cumplieron los diez años del plazo establecido por el Código Civil y, definitivamente, el 28 de julio de 1998, cuando se llegó al plazo de tres años previsto por la Ley N° 26513, modificatoria del Decreto Legislativo N° 728. También entre el periodo 3 y el 4 se produjo una reducción del plazo, de tres a dos años, pero en ese momento ya no regía el segundo criterio del artículo 2122° del Código Civil, por las razones expuestas, por lo que continuaba aplicándose el plazo regulado por la primera norma.

Nuestros organismos jurisdiccionales, no obstante, piensan distinto. En los procesos reseñados en el Cuadro N° 2, que –salvo el primero, seguido ante el Tribunal Constitucional– son solo una muestra de los innumerables casos entablados contra la empresa Telefónica del Perú, se ha aplicado el plazo prescriptorio previsto en la Constitución de 1979.

Cuadro N° 2

CASOS

Tribunal Constitucional

Expediente N°	Demandante	Fecha de Ingreso	Fecha de Cese
1183-2001-AA/TC	Timoteo Huanca Yazca		

Poder Judicial

Expediente N°	Demandante	Fecha de ingreso	Fecha de cese
2004-212-JL	Flicida Cabana Valdivieso	01/02/62	31/12/94
2001-615	Carmen Chacaltana Ruiz	18/07/72	29/09/93
2001-666	Nora Estrada García de Pardo	23/09/71	30/09/93
2004-242-JL	Alberto Ku Díaz	02/11/70	11/01/96
2001-1368-141101-JT01	Daniel Marden Pereyra Guillén	01/07/70	30/08/99
2003-636-JL	Víctor Sarmiento Flores	01/08/75	31/08/99
2004-172-JL	Sofía Elena Siguas Fajardo	01/02/68	29/09/93

El argumento que pretende sustentar la utilización del plazo prescriptorio establecido por la anterior Constitución es, en síntesis, el siguiente: a) Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables, como lo proclaman las Constituciones de 1979 y 1993, por tanto, el plazo para interponer la acción de reclamo respecto de ellos es imprescriptible. b) El Tribunal Constitucional lo dice con estas palabras: "[...] los actos por los que se reclama tutela se encuentran asociados a derechos constitucionales de contenido laboral, debidamente adquiridos al amparo de la Constitución de 1979, por lo que su contenido es irrenunciable y, por ende, imprescriptible, conforme al artículo 57° de dicha Carta" (Fundamento N° 2). c) El Poder Judicial hace lo propio en sendas resoluciones de segunda instancia, en estos términos: "*Segundo:* Que siendo ello así se tiene que el

trabajador viene reclamando sus beneficios sociales relacionado (sic) a derechos adquiridos estando en vigencia la Constitución de 1979 que en su artículo 49° señalaba de manera expresa el plazo de prescripción para las reclamaciones laborales de quince años, a ello se agrega que cuando se trata de derechos laborales del trabajador, esta (sic) tiene el carácter de irrenunciables, eso por tener un carácter eminentemente social; *Tercero:* Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta que en caso de existir incompatibilidad en su aplicación entre una norma constitucional y otra de menor jerarquía se prefiere la primera, conforme así lo señala de manera expresa el artículo 26° (sic) de la Constitución Política del Perú de 1993; habida cuenta de que los actos por los que se reclama tutela se encuentran asociados a derechos constitucionales de contenido laboral, adquiridos al amparo de la Constitución Política de 1979". Prescindimos de comentar los errores formales de redacción, así como de referencia al artículo 26° de la Constitución vigente, cuando los que corresponde citar son los artículos 51° y el 138°.

Frente a estos pronunciamientos jurisdiccionales habría que aclarar varias cuestiones. La primera es que, efectivamente, los derechos laborales son irrenunciables, cuando nacen de normas imperativas. Este principio está consagrado en ambas Constituciones (artículos 57° y 26° numeral 2, respectivamente). Esto quiere decir que si los trabajadores los abandonan por un acto unilateral o bilateral, este será inválido, porque el acto dispositivo no puede prevalecer sobre la norma imperativa. El principio protege, pues, al trabajador frente a la supresión de su derecho por un acto propio. Pero no determina, en modo alguno, la imprescriptibilidad de dichos derechos laborales. Esta institución tiene un fundamento distinto: por seguridad jurídica no se puede dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino que debe fijarse un plazo para ello. Ese plazo tiene que ser el razonable para que un justiciable diligente haga valer su derecho. Dejar transcurrir el plazo sin interponer el reclamo, no elimina el derecho sino que suprime la acción. Tal es justamente la diferencia entre la caducidad y la prescripción. En el caso de que se venza el plazo y no se utilice el derecho a reclamar, lo que ya no podrá hacerse después, no hay renuncia alguna, porque el trabajador no se priva voluntariamente de un derecho, el que más bien está pretendiendo ejercer tardíamente, sino simplemente un no ejercicio de su derecho de acción. La privación de la posibilidad de reclamar proviene de un mandato legal, que establece un plazo para ello. Por esta razón, tampoco estaremos ante una renuncia cuando un tercero, por ejemplo, el legislador,

los sujetos laborales colectivos o el empleador, le arrebatan al trabajador un derecho. El fundamento de la oposición a tal medida no podría estar en el principio de irrenunciabilidad.

La segunda cuestión tiene que ver con la coherencia de las resoluciones analizadas. El argumento de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y, por consiguiente, imprescriptibles, se desploma respecto a la Constitución de 1979, que preveía un plazo prescriptorio de quince años. Si la irrenunciabilidad determinara la imprescriptibilidad, no podría haber en ella plazo prescriptorio alguno. Podría operar solo respecto a la Constitución de 1993, que no contempla ningún plazo. Allí sí podría decirse –aunque de modo evidentemente equivocado– que la ley que fija un plazo prescriptorio es inconstitucional frente a una Constitución que proclama la irrenunciabilidad. Pero la que se quiere aplicar es justamente la Constitución de 1979.

La última cuestión tiene que ver con los casos concretos. Como señalamos antes, la prescripción iniciada durante la vigencia de una norma seguirá rigiéndose por ella. Por consiguiente, solo los trabajadores que mantuvieron una relación laboral mientras estuvo vigente la Constitución de 1979 podrían reclamar sus derechos acogiéndose al plazo prescriptorio previsto por ella (sin perjuicio de lo dicho acerca de que si surgía después, por mandato de otra norma, un nuevo plazo menor, tendría que regir este). No hay modo de justificar, entonces, que –como puede verse en el Cuadro N° 2– se utilice el plazo establecido por dicha Constitución para regular la prescripción de las acciones de trabajadores que cesaron cuando ella ya no estaba vigente, lo que ocurre en cuatro de los siete casos reseñados. Tampoco habría, en rigor, fundamento en el caso de los trabajadores que cesaron durante su vigencia, porque respecto a ellos el plazo prescriptorio ya se encuentra vencido, pero la decisión jurisdiccional es todavía más clamorosamente infractora respecto a los primeros.

5. LA PRESCRIPCIÓN LABORAL EN LOS PROYECTOS DE CONSTITUCIÓN Y LEY GENERAL DEL TRABAJO

Tanto el proyecto de ley de reforma de la Constitución, como el anteproyecto de la Ley General del Trabajo, en sus artículos 33° y 311°, respectivamente, se proponen regular la prescripción laboral. Lo hacen de modo plenamente coincidente, estableciendo dos criterios. El primero está bastante consolidado entre nosotros y es el de que el plazo prescriptorio

empieza a correr desde la extinción del vínculo laboral. Es muy importante esta regla porque expresa el consenso técnico que se produjo entre los profesores universitarios que elaboraron el anteproyecto de la Ley General del Trabajo, así como el consenso social que se produjo luego en el Consejo Nacional del Trabajo que, por encargo del Congreso, preparó el articulado laboral del proyecto de ley de reforma de la Constitución. Ambos grupos tenían una composición marcadamente plural.

El segundo criterio, que también disfrutó de dichos acuerdos, es el de que el plazo debe ser de un año. Si alguno de estos proyectos se materializara, pues, habría que añadir un sexto periodo en la sucesión de plazos prescriptorios, que iría nuevamente de más a menos, como ha sido la tendencia general, solo exceptuada en la transición del periodo 4 al 5. Este nuevo plazo es, sin duda, ajustado, pero parece suficiente para que un ex trabajador mínimamente informado de sus derechos y de las acciones para tutelarlos, interponga su acción.

NECESIDAD DE UNA PROFUNDA REFORMA PROCESAL LABORAL EN AMÉRICA LATINA(*)

Adolfo CIUDAD REYNAUD

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Importancia actual del Derecho procesal del trabajo. 3. Líneas matrices para una reforma procesal laboral. 4. Precisiones sobre la oralidad y los demás principios procesales. 5. Experiencias de aplicación de los procesos por audiencias (oralidad) en España y América Latina. 6. Los sistemas prejudiciales de solución de conflictos. 7. La importancia de la inspección del trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La situación actual de la administración de justicia laboral en la mayoría de países de América Latina, precisa de una profunda reflexión y análisis por todos aquellos que de una u otra forma están vinculados al mundo laboral.

(*) El presente artículo se basa en una conferencia impartida en la VII Reunión de la Comisión de Asuntos Laborales, Previsión Social y Asuntos Jurídicos del Parlamento Latinoamericano, con ocasión de tratarse el Tema III de la Agenda: "Ley Marco Procesal Laboral para América Latina", La Habana, Cuba, 26 de abril de 2007.

El desarrollo de la competitividad de las industrias y de los países, imprescindible para insertarse en la economía mundial globalizada, pasa necesariamente por el logro de buenas relaciones laborales en la empresa, a nivel de las ramas de actividad económica y a nivel nacional. Para ello, son presupuestos básicos la existencia de una cultura de cumplimiento de la legislación, una sólida administración del trabajo y de una administración de justicia que garantice la existencia de una tutela judicial efectiva. Así, una buena administración de trabajo y una apropiada administración de justicia laboral cumplen un papel invalorable para la convivencia social pacífica, así como para la organización de la vida social, económica y política.

Por cierto que también es imprescindible el debido respeto del derecho fundamental de la libertad sindical y de la negociación colectiva, que permite a través de la autonomía colectiva de las partes sociales crear normas jurídicas dentro de sus respectivos ámbitos, así como establecer mecanismos convencionales para la vigencia y aplicación de tales normas y de la legislación laboral en general.

En ese marco, la deficiente situación prevaleciente de la justicia en materia de trabajo en América Latina, nos obliga a referirnos a su situación actual haciendo énfasis en que resulta oportuno plantear la necesidad de una reforma profunda de la administración de justicia laboral para la región.

En tal sentido, en el presente artículo nos referiremos a: a) la importancia actual del Derecho procesal del trabajo; b) las líneas directrices para una reforma del proceso laboral; c) precisiones sobre la oralidad y algunos principios procesales vinculados; d) las experiencias de aplicación de los procesos por audiencias (oralidad) en España[1] y en América Latina; e) los sistemas prejudiciales de solución de conflictos; y, finalmente, f) la importancia de la inspección del trabajo.

2. IMPORTANCIA ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Una de las prioridades de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la región es el *respeto y el cumplimiento efectivo* de las normas

(1) Pretendemos destacar tan solo algunos de los aspectos más importantes del proceso laboral español, dentro de los que destaca la oralidad como una de sus características centrales, así como de sus importantes resultados en cuanto a la duración de los procesos.

sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo[2]. Así fue acordado en forma tripartita por sus constituyentes en la XVI Reunión Regional Americana de la OIT celebrada en Brasilia en mayo de 2006. Se trata, en definitiva, de encarar la difícil tarea de reducir la brecha entre el Derecho y la realidad a la que se han referido diversos tratadistas como una de las características de las relaciones laborales en América Latina. Para el logro de tal objetivo, de hacer respetar y cumplir efectivamente la legislación laboral, resulta pues necesario encarar la modernización y el fortalecimiento de los sistemas de administración del trabajo y de administración de justicia.

En ese contexto, una reforma procesal laboral profunda para América Latina constituye un tema de mucha importancia para los constituyentes de la OIT: gobiernos, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores. Es también de importancia para avanzar en el afianzamiento del trabajo decente, uno de los objetivos de la organización.

De nada sirve la mejor de las legislaciones laborales si las administraciones de trabajo y de justicia no están en capacidad de garantizar su aplicación y cumplimiento. A este respecto conviene recordar que el Código Procesal Civil, modelo para Iberoamérica, señala que las instituciones procesales deben ser creadas, interpretadas y aplicadas con la óptica puesta en que su fin es la *efectividad* de los derechos sustantivos[3]. Las normas sobre estos derechos carecen de significación, si no existen normas adjetivas que garanticen su aplicación y vigencia. Esa es la gran importancia del Derecho procesal del trabajo, tanto administrativo como judicial.

Se trata, en consecuencia, del derecho de todas 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 posi-

---

(2) OIT, *Trabajo decente en las América: 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).

(3) El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica fue aprobado en Río de Janeiro, en 1988, en las XI Jornadas promovidas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el que se incluyen los principios de oralidad, inmediación, concentración y abreviación, así como el de publicidad.

bilidad de recurrir a los medios de prueba pertinentes para su defensa, y además, con derecho a un proceso *sin dilaciones indebidas.*

Entonces, parte de la tutela judicial efectiva es el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, o sin dilaciones indebidas, lo que se ha considerado como un "Derecho Humano" y que ha sido positivizado como constitucional en las cartas fundamentales de la mayoría de los países, así como en tratados internacionales sobre derechos humanos.

La propia Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza en su artículo 8° que toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo* ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Por otra parte, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, 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. Similar prescripción la encontramos también en el artículo 14°.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece –entre otros aspectos– el derecho a ser juzgado "sin dilaciones indebidas".

El tema del respeto efectivo y cumplimiento de las normas sobre derechos laborales también resulta importante desde el punto de vista de la reafirmación de la democracia y de la gobernabilidad de los países de América Latina. Esto es así porque la democracia requiere de canales preestablecidos para la solución de controversias que hagan primar el Estado de Derecho como garantía para una convivencia civilizada, pues no debe olvidarse que los derechos sociales son –precisamente– parte del Estado de Derecho. Esa es la tarea de los legisladores, gobernantes, interlocutores sociales y juristas de América Latina en los próximos años: la de contribuir a la construcción de un modelo democrático de relaciones de trabajo donde trabajadores y empleadores tengan derechos claramente establecidos con estricta observancia de los derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo eficientes y profesionalizados canales de procesamiento del conflicto, así como mecanismos institucionalizados de diálogo social que permitan que el sistema de relaciones de trabajo se gobierne basándose en el consenso y la cooperación. Uno de esos canales de procesamiento del conflicto es, entre otros, el Poder Judicial.

En el mismo sentido Deshazo y Vargas han señalado, para el sistema de administración de justicia en general, que: "La reforma judicial se percibe desde hace mucho tiempo como una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable en Latinoamérica. La mayor parte de los países de la región inició la última década del siglo XX con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables. Pocos fueron capaces de lograr un equilibrio adecuado con el Poder Ejecutivo, garantizar el respeto pleno de los derechos humanos y civiles básicos, promover un entorno conducente al desarrollo económico, especialmente para la inversión nacional e internacional, y proporcionar a sus ciudadanos los elementos esenciales de seguridad"(4).

Por otra parte, como esbozamos al inicio de este artículo, la tarea de construcción de un sistema democrático de relaciones de trabajo se hace cada vez más urgente si la ubicamos en el ámbito del incremento de la productividad indispensable para la inserción de los países en los mercados mundiales. La productividad de las empresas no puede mejorarse sin buenas relaciones laborales y si los sistemas de administración del trabajo y administración de justicia, no contribuyen al cumplimiento de la legislación ni al mantenimiento de apropiadas relaciones entre empleadores y trabajadores. A este respecto, no debe dejarse de mencionar la importancia, para la prevención de los conflictos laborales, que se detecten los posibles incumplimientos de la legislación en los propios centros de trabajo en inspecciones de carácter ordinario realizadas de oficio; tema al que nos referiremos en la última parte de este artículo.

En esta misma línea, debe recordarse la celebración de diversos tratados de integración y de libre comercio con los Estados Unidos de América en la región, en los que se han incluido cláusulas que subrayan la importancia que las partes conceden al debido proceso, a los sistemas de inspección del trabajo y a los de administración de justicia, en la medida que otorgan seguridad jurídica a los operadores comerciales.

No obstante, a pesar de la importancia que tienen los sistemas de administración de justicia laboral, la situación de esta en la región deja mucho que desear y definitivamente no está en condiciones de ayudar a

(4) DESHAZO, Meter y VARGAS, Juan Enrique, *Evaluación de la reforma judicial en América Latina*, Programa de las Américas del CSIS y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 1, en www.cejamericas.org/doc/documentos/JudicialReforminLatinAmerica SPANISH_final.pdf.

tales objetivos. Como se ha señalado anteriormente para la administración de justicia en general, contamos "con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables", lo que en particular para la justicia laboral el problema es todavía mayor.

3. LÍNEAS MATRICES PARA UNA REFORMA PROCESAL LABORAL

Siendo esa la situación prevaleciente en la región, podrían proponerse algunas líneas matrices para una reforma procesal laboral profunda que busque modificar sustancialmente la administración de justicia laboral. Entre otras, podrían proponerse los siguientes:

- Aspectos de índole normativa que incluyan el cambio de concepción respecto del tipo de procedimiento con el objeto de implementar la oralidad o los procesos por audiencias.
- Establecimiento de procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales en el trabajo.
- Sistemas de solución de conflictos con carácter prejudicial.
- Reforzamiento de la jurisdicción especializada.
- Aspectos relativos a recursos humanos y materiales.
- Temas de organización, funcionamiento y gestión.
- Estrategia y apoyo político para implementar la reforma.
- Necesidad de la generación y disponibilidad de información y estadísticas.

3.1. Reforma normativa para pasar de procesos escritos a procesos por audiencias (orales)

En primer lugar, existe un problema de primer orden relativo a la concepción del tipo de procedimiento que debe utilizarse, que se refleja en la normativa procedimental. En síntesis, la mayoría de los países de América Latina, salvo excepciones[5], tienen procedimientos fundamentalmente

(5) Nos referimos a Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela y Uruguay, como se verá más adelante.

escritos, donde el juez sentencia sin conocer a las partes, sin tener contacto directo con ellas, sino basándose en escritos reunidos en voluminosos expedientes, y donde los procesos son sustanciados por sus auxiliares o asistentes. Los procedimientos son tan complejos y tortuosos que duran de cuatro a ocho años, con lo que la solución llega tan a destiempo que deja de ser un remedio para las partes. No se llevan a cabo procesos por audiencias sino procesos escriturados en los que se acumulan centenares y miles de papeles en los expedientes que terminan por confundir al juez y a las propias partes, contribuyendo a su dilación. Esta situación se agrava aún más teniendo en cuenta que el número de jueces es insuficiente para los casos que procesan, y los inadecuados espacios físicos. En la mayoría de los casos ni siquiera está prevista la existencia de salas de audiencias en donde podrían celebrarse los juicios, en las que el juez pueda dirigir un debate directo entre las partes que le permita llegar a la verdad material.

En lo que respecta a la administración de justicia, es de larga data el refrán que dice que "la justicia no solo debe ser justa sino oportuna". Justicia a destiempo, justicia tardía, no es oportuna, ni es justicia, conforme se indicó líneas arriba respecto de las dilaciones indebidas que están proscritas por tratados internacionales sobre derechos humanos y por la mayoría de las constituciones nacionales.

Sin embargo, en muchos países latinoamericanos, al ser los procedimientos judiciales en materia laboral eminentemente escritos y formales, los mismos se tornan lentos, caros e inconvenientes para empleadores y trabajadores. Esto dificulta una oportuna solución de los conflictos laborales a nivel jurisdiccional, con lo que amplios sectores de la ciudadanía ven frustrada o perciben lejana la posibilidad de hacer respetar sus derechos laborales. La falta de una eficiente y oportuna intervención judicial en la solución de conflictos laborales ocasiona también problemas de inseguridad jurídica a las empresas, así como un clima inapropiado para las inversiones.

Un tema que ejemplifica algunos de los problemas antes señalados, es el de las acciones de naturaleza colectiva, respecto de las cuales en algunos países se cuestiona el conocimiento de ese tipo de causas en el ámbito jurisdiccional, a pesar de que en el ejercicio del derecho de libertad sindical –uno de los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo– las organizaciones sindicales cuentan con legitimación procesal suficiente para accionar, en la medida que estas han sido constituidas con la finalidad de representar, defender y tutelar los derechos de los trabajadores, según se desprende del espíritu de los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT.

La falta de contacto de los jueces con las partes en las audiencias o en otras diligencias 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"(6).

Tal esfuerzo normativo implicaría que las legislaciones nacionales adopten los principios en que se basa el proceso laboral moderno, tales como: oralidad, inmediación, concentración y celeridad, además de la gratuidad, que adecuadamente implementados permitirían sustanciales avances en la reducción del tiempo de duración de los procesos, como se ha demostrado en diversos países y no solo en el ámbito laboral.

En realidad, el principio de oralidad es el más importante y causal de todos los demás, como indica De la Villa al referirse a los llamados principios del proceso social español. A este respecto, el referido autor ha indicado que "conviene alterar el orden de enunciación del artículo 74º LPL porque de todos los principios aludidos, el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás"(7). En ese mismo sentido se expresa la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que precisa que: "Los principios invocados por el artículo 74º LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud. 24 abr. 1995 (Rº 3156/94)"(8).

Un aspecto de singular importancia a este respecto es el relativo al *impulso oficial* del juez en los procesos por audiencias, que es complemento de los principios antes enunciados, pero sobre todo se encuentra asociado al principio de oralidad. Para tales juicios por audiencias se requiere la

(6) SÁEZ, Felipe, "La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: algunas consideraciones estratégicas", en *Reforma Judicial en América Latina: Una tarea Inconclusa,* Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Cooperación Jurídica, OEA, p. 16, en www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm.

(7) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (dir.), *Ley de procedimiento laboral, Comentada y con jurisprudencia,* La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 576.

(8) Ibídem, p. 579.

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. En los procesos escritos cuando el juez interviene en alguna diligencia asume un papel eminentemente pasivo, contemplativo, basándose en el injustificado temor de "no adelantar opinión". Por el contrario, en los procesos orales el juez tiene que dejar de ser un convidado de piedra.

De igual forma, el principio de la realidad de los hechos o el de *primacía de la realidad*, resulta de mucha importancia para los procesos por audiencias. 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(9). Este principio resultará de gran utilidad a través del debate 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"(10). En efecto, en la medida que se persigue que la administración de justicia debe 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"(11).

Finalmente, con ocasión del tema normativo debería revisarse el tema de los recursos impugnatorios e instancias.

---

(9) OCHOA DE PATIÑO, Andrea, "La oralidad en el proceso laboral venezolano", en *Revista Jurídica: Venezuela*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2003, p. 8, en www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=27.

(10) Ibídem, p. 7.

(11) GREGORIO, Carlos, *Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1996, p. 12.

3.2. Establecimiento de procesos especiales

En segundo lugar, 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, así como para otros temas que requieren urgencia en su atención, que pueda implicar la suspensión del acto impugnado con el objeto de evitar lesiones de carácter irreparable. Entre estos pueden citarse temas de discriminación antisindical o de otro tipo, trabajo forzoso, trabajo infantil, impugnación de despidos individuales, despidos colectivos por causas económicas, impugnación de sanciones, entre otras.

Este tipo de acciones, al requerir una acción inmediata del aparato jurisdiccional, deben tener una atención preferente y ser atendidas antes que otras, incluso de las que fueron ingresadas con anterioridad al despacho judicial.

Por ejemplo, la Ley de Procedimiento Laboral española ha previsto modalidades procesales especiales para la atención de, además de la tutela de los derechos de libertad sindical, entre otros, despidos y sanciones, extinción del contrato por causas objetivas, despidos colectivos, vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones substanciales de condiciones de trabajo, permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares[12].

3.3. Sistemas de solución de conflictos prejudiciales

En tercer lugar, debe prestarse atención al desarrollo de sistemas administrativos o alternativos de solución de conflictos de naturaleza prejudicial, con el objeto de que solo después de su agotamiento pueda accederse a los tribunales de justicia. Esto permite evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales a través de la conciliación, mediación y arbitraje voluntario, con el objeto de solucionar administrativamente conflictos que de otra forma van a engrosar los recargados archi-

(12) Real Decreto Legislativo 3/1995, del 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, Libro II, Del Proceso Ordinario y de las Modalidades Procesales, Título II, De las modalidades procesales.

vos de los juzgados laborales. Este tema lo desarrollamos en el punto 5 de este artículo.

3.4. Reforzamiento de la jurisdicción especializada

En cuarto lugar, deberá tenerse en cuenta que la jurisdicción laboral, en razón de su especialidad y por tener una serie de principios que constituyen característica de la disciplina, debería procurarse que continúe siendo especializada en todos sus niveles. En esa medida, debería evitarse situaciones de falta de existencia de juzgados de trabajo en determinadas jurisdicciones, pues en tales casos tienen que intervenir jueces civiles comunes o salas mixtas en segunda instancia, que no están compenetradas de los principios laborales que gobiernan la disciplina.

De acuerdo con las características nacionales propias de cada país deberían ensayarse soluciones que atiendan este problema.

3.5. Recursos humanos y materiales necesarios

En quinto lugar, para ejecutar el proceso de reforma debe analizarse detalladamente las necesidades de recursos humanos y materiales requeridos para procesar los juicios por audiencias, incluidos los relativos a infraestructura, equipamiento y personal, asegurándose que se hallen disponibles recursos financieros adecuados. No se trata solamente de un cambio normativo, sino uno de naturaleza integral que contemple también las necesidades de capacitación de jueces y magistrados y personal auxiliar, así como de abogados, alumnos de escuelas de Derecho y organizaciones de empleadores y de trabajadores. No basta capacitar a los jueces sino a toda la comunidad jurídico-laboral involucrada, incluyendo la sociedad civil afectada.

Un asunto que resulta relevante a este respecto es la forma de designación o nombramiento de los jueces, así como su supervisión, que por cierto no es un problema relativo solo a la jurisdicción laboral sino que forma parte del problema del sistema judicial en su conjunto. El criterio al respecto debe ser el de competencia de los candidatos y transparencia en los nombramientos. No obstante, la corrupción y falta de transparencia en la tramitación de las causas continúan siendo problemas de preocupación constante. Por esto se hace necesario fortalecer la transparencia del sistema judicial laboral a efectos de combatir la corrupción y fomentar la

competencia y la apertura en el proceso de designación y selección de autoridades judiciales[13].

3.6. Organización y funcionamiento

En sexto lugar, tal reforma debe ir aparejada de los ajustes necesarios en la organización y funcionamiento de las instituciones del sistema judicial. De esta manera, las reformas antes indicadas tienen que ir más allá de una modificación legislativa y las transformaciones necesarias deben planificarse atendiendo los problemas prácticos necesarios para su ejecución. Esto implica abordar temas de gestión y administración de los sistemas judiciales, incluyendo una nueva forma de captura de registro de las audiencias mediante la utilización de audio-videos digitales de disposición pública, en sustitución de las actas literales mecanografiadas por escribanos, que simplifiquen, modernicen y agilicen el registro de la información de los procesos.

Esto incluye así mismo el desarrollo de los sistemas informáticos de seguimiento de los procesos judiciales de manera tal que pueda accederse a ellos en forma pública y desde un sitio web, con lo que se evita la necesidad de acudir a la sede de los juzgados para conocer el estado de los procesos.

3.7. Necesidad de apoyo político y estrategia de la reforma

En séptimo lugar, para impulsar con éxito una reforma de esta naturaleza debe promoverse un acuerdo de base muy amplia en el que participen todos los sectores que tengan interés en que se realicen mejoras específicas del sistema de justicia laboral, como es el caso de, además del propio poder judicial, las organizaciones de empleadores, de trabajadores, colegios de abogados, facultades de Derecho, consejos nacionales de trabajos o instituciones de diálogo social, entre otros.

De esta manera se podría "asegurar que la agenda de reformas se mantenga intacta y que el proceso no se vea absorbido por la comunidad

(13) Cfr. DESHAZO/VARGAS, *Evaluación de la reforma judicial en América Latina*, cit., p. 20.

jurídica ni por el poder judicial"(14). A estos efectos resulta muy útil partir de la realización de un amplio diagnóstico de sistema judicial en materia laboral, con el objeto de identificar sus mayores debilidades y áreas más sensibles y urgentes, basándose en datos cuantitativos y cualitativos. Ello implica el desarrollo de estrategias de reforma de corto, mediano y largo plazo, dando prioridad a las reformas que resulten más urgentes. Esto permitirá establecer objetivos concretos en cada etapa que puedan medirse en forma cuantificable a través de evaluaciones periódicas.

3.8. Información y medición estadística

En octavo lugar, la mejora de la capacidad técnica para generar información precisa, oportuna y constante de todos los aspectos relativos al sector de la justicia laboral resulta indispensable para poder planificar, fijar objetivos y analizar políticas. Todo esto se basa en la disponibilidad de la información, razón por la cual una de las prioridades en la aplicación de la reforma procesal es la mejora de la recolección, procesamiento y disponibilidad de datos estadísticos.

Por cierto, la información y los procesamientos estadísticos deberían estar a disposición del público en general, para que estudiosos, universidades y entidades de investigación privadas, puedan sacar sus propias conclusiones.

4. PRECISIONES SOBRE LA ORALIDAD Y LOS DEMÁS PRINCIPIOS PROCESALES

Como se ha indicado anteriormente, la oralidad es el principal principio inspirador del proceso laboral moderno y causal de todos los demás: inmediación, concentración y celeridad, a los cuales se le puede añadir la gratuidad. A excepción de la oralidad, en América Latina los demás principios son ya tradicionales dentro del Derecho procesal del trabajo, pero plasmados conjuntamente con el principio de la oralidad, cobran una vigencia redoblada. La idea básica es construir un tipo de proceso que verdaderamente rinda el servicio de justicia que demandan los ciudadanos. En otras palabras, con estos principios se ha pretendido garantizar

(14) Ibídem, p. 17.

la tutela judicial efectiva que, como ya se indicó, los principales tratados sobre derechos humanos y la mayoría de constituciones ha consagrado como derecho fundamental de los ciudadanos(15).

El fin del proceso es obtener la restitución del derecho vulnerado, razón por la que el Derecho procesal del trabajo no debe ser formalista, sino por el contrario simple y sencillo; y la oralidad es un principio estrechamente ligado a la sencillez, porque lo que se busca es facilitarle al trabajador y al empleador la defensa de sus derechos(16). Además, la simplicidad y la sencillez permiten que la duración de los procesos sea menor, mientras que los procesos complejos y tortuosos tienden inevitablemente a la dilación indebida y a la violación del concepto de plazo razonable que conduce a la arbitrariedad.

Estos principios están íntimamente relacionados entre sí, por lo que unos influyen en los otros y a la vez posibilitan su existencia. Es por esto que a continuación nos referiremos a ellos en forma separada, pero a su vez haciendo alusión a los demás.

4.1. Principio de oralidad

Lo que se pretende es que en el proceso laboral prevalezca la forma oral antes que la escrita. Solo así el juez puede obtener una impresión más cercana de los hechos y del conflicto mismo.

En el proceso escrito las partes escriben sus versiones, y a través de esos escritos llega el conflicto al conocimiento del magistrado. Por el contrario, en el proceso oral, los litigantes y terceros hablan directamente al juez y este tiene la posibilidad de darse cuenta de las falsedades y sofismas y, de inmediato, exigir las aclaraciones y precisiones pertinentes. El juez dispone de la facultad de interrogar a las partes y a sus abogados respecto de sus fundamentos y posiciones respecto a la materia controvertida.

Cuando se aplica la oralidad, los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a

(15) Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, *La reforma del procedimiento laboral*, Madrid, 1989, p. 19.

(16) Cfr. de aquí en adelante, ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Derecho procesal del trabajo*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1998, pp. 41 y ss.

lo estrictamente indispensable. Es por esto que Chiovenda[17] sostiene que "por oralidad no se entiende ni la simple discusión oral, [...] ni mucho menos, la exclusión de la escritura del proceso, como el nombre podría hacer creer a los inexpertos". De aquí que este autor plantea que todo proceso moderno es mixto, y aclara "pero un proceso mixto se dirá oral o escrito según el puesto que el mismo conceda a la oralidad y a la escritura, y, sobre todo, según el modo en que en el mismo actúe la oralidad". Asimismo Véscovi[18], refiere que no existe un régimen puro y que todos son "mixtos con diferente combinación de elementos escritos y orales".

A este respecto conviene tener presente, por ejemplo, que en el ordenamiento procesal español la única pieza escrita durante la primera instancia es la demanda; ni las excepciones ni la contestación a la demanda son escritas, sino que se expresan oralmente en la audiencia de juicio oral en la que se presentan y actúan las pruebas, luego de lo cual el proceso queda expedito para ser sentenciado[19].

En todos los procesos, y en los laborales en particular, es conveniente la oralidad del juicio, ya que así los jueces pueden obtener una impresión más viva del conflicto, sortear obstáculos con mayor facilidad y percibir con rapidez las falsedades. Así se eliminaría el papeleo y las dilaciones fatigosas de lecturas interminables que atentan contra la celeridad, como acertadamente señala Rodríguez[20] .

Por otra parte, la oralidad permite el cumplimiento de los otros principios como los de inmediación, concentración y celeridad. En la medida que prevalezca la oralidad en el proceso, los jueces tendrán menos oportunidad de evadir su obligación de dirigir, personalmente, los diferentes actos y diligencias que les permitan una mejor y más rápida administración de justicia.

---

(17) CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949, pp. 198-199 y 251.

(18) VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 59.

(19) Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de dicha Ley.

(20) RODRÍGUEZ DÍAS, Isaías, *El nuevo procedimiento laboral*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990.

4.2. Principio de inmediación

Por el principio de inmediación, se busca que el magistrado que va a resolver el conflicto dirija personalmente las diligencias más importantes del proceso. De esa manera podrá conocer la realidad de los hechos, se percatará del comportamiento y sinceridad con que actúen las partes y terceros. No es lo mismo sentenciar una causa procesada por intermediarios, como son los secretarios o auxiliares de justicia, que hacerlo sobre la base de su contacto directo con los actores del proceso.

Sobre el tema de la inmediación, el contenido del artículo 90º de la Ley de Procedimiento Laboral de España es muy elocuente al disponer que, "si por causa justificada el magistrado que presidió el acto de juicio no pudiese dictar sentencia deberá celebrarse nuevamente".

En cuanto al principio de inmediación, su objetivo es fomentar un acercamiento permanente entre las partes, y entre estas y el juez, a través de los actos procesales, buscando la solución del conflicto. Implica que el juez debe presidir todos los actos y practicar personalmente todas las pruebas.

Es decir, el sentido del principio de inmediación es lograr que el juez se involucre en todo el desarrollo del proceso, asistiendo a la presentación de las pruebas, manteniendo una relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, de modo tal que sea capaz de apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares. De modo que su actuación esté basada en la impresión recibida de ellos y no sobre la relación ajena.

Al respecto Ochoa nos recuerda que con este principio "se pretende la vinculación de las partes, el juez y las pruebas durante el proceso con el objeto de averiguar la verdad material. En la inmediación tenemos la participación directa del juez en el proceso, ya que solo cuando el proceso es vivido por el juez, puede este considerar reacciones, los gestos de la partes, de los declarantes, para evidenciar la veracidad de sus expresiones"(21).

(21) OCHOA DE PATIÑO, "La oralidad en el proceso laboral venezolano", cit. p. 6.

4.3. Principio de concentración

La finalidad del principio de concentración es aproximar los actos procesales unos a otros, reuniendo o concentrando en breve espacio de tiempo la realización de estos, como especifica Couture.

En el proceso laboral oral, la oralidad, conjuntamente con la inmediación y la concentración deben contribuir a la celeridad necesaria, y así a la justicia laboral propiamente dicha.

Hernández señala la importancia de simplificar los trámites y así contribuir a la celeridad procesal, cuando dice que: "La simplificación de los trámites consiste en la supresión de todo acto o diligencia que no represente valores trascendentales en la tramitación de los procesos; se justifica en la decisión social y política de hacer justicia, pues la complicada sustanciación procesal reemplazada, terminaba en la injusticia para los contendientes, especialmente para los trabajadores"(22).

Además de lo indicado precedentemente, puede agregarse que a través del principio de concentración se busca la sustentación del procedimiento en el menor tiempo posible, sin que este se vea afectado por dilaciones que alarguen innecesariamente la duración del proceso.

Se pretende reunir los actos procesales de una manera tal que en un breve lapso se cumpla con la sustanciación del procedimiento, realizando la mayor cantidad de actos procesales en una misma audiencia con el propósito de evitar retardos innecesarios.

4.4. Celeridad

Según señala Ochoa, la celeridad "se encuentra representado por la improrrogabilidad de los lapsos, garantizándose así una justicia expedita, sin dilaciones indebidas". Así mismo indica que "con este principio se acelera la sustanciación del procedimiento, sin que ello menoscabe el derecho a la defensa y el debido proceso"(23). Este principio se justifica en

(22) HERNÁNDEZ, Sabino, *140 Preguntas sobre el procedimiento oral laboral*, Editora Poligráfica C.A., Guayaquil, 2005, p. 7.

(23) OCHOA DE PATIÑO, "La oralidad en el proceso laboral venezolano", cit. p. 7.

razón de la materia, en la medida que en los procesos laborales se ventilan derechos fundamentales en el trabajo, que son parte de los derechos fundamentales del hombre, así como se litiga sobre salarios, que tienen carácter alimentario. Los derechos sociales tienen que aplicarse a través de procedimientos céleres, más rápidos que los se utilizan para causas de naturaleza civil o comercial.

4.5. Gratuidad

A través de este principio se enfatiza que el acceso a la justicia laboral debe posibilitarse sin costo alguno para los litigantes. Esto implica que no se establezcan tasas, aranceles ni pago alguno para la presentación de escritos o para la realización de audiencias o actos procesales. La administración de justicia es uno de los derechos básicos de los ciudadanos, por lo que estos pueden hacer uso de 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.

La vigencia irrestricta de este principio impediría que se deniegue justicia al rechazarse la presentación de un recurso de apelación o casación por el solo hecho de no acompañar la constancia de haber pagado la tasa judicial correspondiente. Cuando se establecen este tipo de tasas o aranceles judiciales es muy común que esto suceda, dejándose desamparado a titulares de derechos que se encuentran garantizados por la legislación. Así, por omitirse el pago de una tasa establecida por una resolución administrativa, se dejan de aplicar los derechos establecidos por disposiciones constitucionales y legales.

En aplicación de este principio podría considerarse la creación de servicios de asistencia legal para trabajadores que no puedan financiar el costo de una defensa legal. Los procesos por audiencias son de mucha complejidad y exigen una agilidad y solvencia suficiente para manejarse ante el juez en la sustentación de posiciones y en la actuación de pruebas. Si bien el juez debe intervenir en forma protagónica en las audiencias, esto no sustituye, sino por el contrario, exige la presencia de letrado. Podría pensarse entonces en la creación de defensorías públicas de trabajadores que tengan como objetivo prestar asistencia legal a trabajadores, y tal vez a micro empresarios, con carácter gratuito para su defensa ante los tribunales.

5. EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN DE LOS PROCESOS POR AUDIENCIAS (ORALIDAD) EN ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

La reducción de la duración de los procesos es uno de los más importantes objetivos de la introducción de la oralidad en los procesos judiciales en América Latina. La duración de estos es un indicador de la eficiencia de los sistemas de administración de justicia, pues en algunos casos "*los retrasos se tornan inadmisibles* y pueden llegar a impedir la obtención de una solución justa al conflicto"(24) (las cursivas son nuestras).

La introducción de la oralidad ha dado muestras de reducir drásticamente la duración de los procesos allí donde esta ha sido aplicada, y no solamente para los procesos laborales, sino en general para los procesos judiciales.

5.1. España

Sin pretender hacer siquiera un sucinto resumen del proceso laboral español regido por el Real Decreto Legislativo 3/1995, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)(25), deseamos señalar que una de sus características centrales es que gira en torno a la aplicación del principio de la oralidad, conforme se adelantó en el punto 2.1 que antecede; y que ello ha permitido un excepcional resultado en cuanto a la corta duración de los procesos, como se verá al final de este acápite. Solo nos referiremos a algunos aspectos de la denominada "jurisdicción social" española que revisten mayor interés desde la perspectiva del tema tratado en el presente artículo.

En primer lugar conviene destacar que en España los juicios por audiencias u orales tienen una largísima tradición pues siempre estuvieron instituidos de esa forma, desde antes de los años cincuenta del siglo pasado.

---

(24) GREGORIO, *Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina*, cit., p. 4.

(25) Al respecto, entre otros, vide DE LA VILLA GIL, *Ley de procedimiento laboral, Comentada y con jurisprudencia,* La Ley, cit., 576; y BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús, FERNÁNDEZ, María Fernanda, *Instituciones de Derecho procesal laboral*, 2ª ed., Valladolid, 1995.

La demanda es la única pieza del procedimiento que debe formularse por escrito antes de la sentencia, todo lo demás es oral. No existe contestación a la demanda por escrito, esta debe ser contestada en la audiencia de juicio, donde también deberán formularse las excepciones que quiera hacer valer la demandada.

No es necesario que a la demanda se adjunten pruebas, sino que estas pueden presentarse en la audiencia de juicio. No obstante, en la demanda se deberá hacer una enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión. Debe tenerse en cuenta que existe la obligación de someter previamente los hechos litigiosos a conciliación administrativa, y que en la demanda no pueden alegarse hechos distintos de los alegados en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquellas (artículo 80°.1.c LPL). Esto implica que el demandado tiene un conocimiento previo de la pretensión del demandante cuando el juicio se ha iniciado, por la obligación de la conciliación prejudicial, requisito sin el cual no se admite a trámite una demanda.

Si la demanda fue admitida, el juzgado señala dentro de los diez días siguientes al de su presentación, el día y la hora en que se celebrará la conciliación y juicio, en una sola audiencia. Si el actor no asiste se le tiene por desistido de la demanda, en tanto que la incomparecencia injustificada del demandado no impedirá la celebración del juicio (artículo 82° y 83° LPL).

El juicio se celebra en audiencia pública en una sala de audiencias especialmente acondicionada; la parte actora se sienta a la derecha del estrado del juez, en tanto que a la izquierda se sienta la demandada, ambos con sus abogados, aunque su presencia no es obligatoria. El estrado del juez se encuentra al centro de la sala de audiencias, quien es asistido por un secretario judicial que escribe los datos generales de lo acontecido en las audiencias y que constituirá el acta de celebración del juicio. Sin embargo, se tratan solo de datos generales, pues desde el inicio todo se filma y toda manifestación se graba en un disco de audio-video digital que es añadido al expediente y cuyas copias son entregadas a las partes. En el acta solo se señalan los actos jurídicos más saltantes y el texto es muy lacónico y no suele ser de más de dos páginas, pues como todo está grabado nadie se cuida de que su manifestación exacta obre en la misma, pues basta expresar algo para que forme parte del expediente a través de la grabación de audio y vídeo.

El juez inicia la audiencia invitando a las partes a una conciliación, advirtiéndoles de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia. El juez conserva la facultad de no aprobar el acuerdo si lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, o si estima la existencia de fraude de ley o de abuso de derecho (artículo 84º LPL).

Si no hay avenencia en conciliación, se pasa seguidamente y en el mismo acto a juicio. A partir de este momento la audiencia tiene tres fases que se repiten inalterablemente en todos los procesos: a) alegaciones; b) actuación de pruebas; y, c) conclusiones. No obstante, a lo largo de la audiencia de juicio las partes pueden hacer uso de la palabra cuantas veces el juez lo estime necesario (artículo 85º.3 LPL).

En la *fase de alegaciones* el demandante se ratifica o amplía su demanda, aunque sin poder hacer una variación sustancial. Normalmente la intervención del demandante es muy breve pues ya expresó lo que le conviene por escrito en la demanda que ha sido trasladada al demandante, y de la que el juez tiene perfecto conocimiento, pues este llega a la audiencia con un minucioso estudio previo de la misma. A su turno el demandado contesta afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes. No puede formular reconvención salvo que la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta (artículo 85º.2 LPL).

Luego se pasa a la segunda *fase de actuación de la prueba*. Recién en ese estado las partes ofrecen las pruebas de que intentan valerse. El juez admite las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad. Pueden admitirse también aquellas que requieran la traslación del juez fuera del local de la audiencia, si se estimase imprescindible, en cuyo caso se suspende el juicio por el tiempo estrictamente indispensable (artículo 87º.1 LPL).

Si la prueba es documental, cada parte traslada una copia de la misma a la otra, quien en ese mismo momento debe revisarla y si tiene impugnaciones debe formularlas de inmediato. La defensa de cada una de las partes requiere de una gran pericia para poder estudiar en el mismo acto pruebas documentales que a veces pueden ser muy voluminosas, pero la experiencia ha demostrado que es posible. Si la prueba es testimonial, de inmediato se interroga a los testigos ofrecidos por las partes y que deben haber

llevado consigo a la audiencia de juicio. Estos esperan su turno a ser llamados en las afueras de la audiencia.

La pertinencia de las pruebas son resueltas por el juez en el mismo acto y si hubiera protesta contra la inadmisión de alguna se deja constancia "a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia" (artículo 87º.2 LPL). En esta fase también el juez puede hacer a las partes, como a peritos y testigos, las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, mientras que los litigantes y defensores pueden ejercitar el mismo derecho durante la actuación de las pruebas (artículo 87º.3 LPL).

En la *fase de conclusiones*, las partes o sus defensores formulan oralmente las suyas de un modo concreto y preciso, determinando en virtud del resultado de la prueba, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda o en la reconvención, si la hubiere, las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria; o bien, en su caso, la solicitud concreta y precisa de las medidas con que puede ser satisfecha la pretensión ejercitada (artículo 87º LPL). Terminado el juicio, y dentro del plazo de cinco días para dictar sentencia, el juez puede acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes (artículo 88º LPL).

La sentencia debe dictarse, como se señaló, en el plazo de cinco días, publicándose inmediatamente y notificándose a las partes o sus representantes dentro de los dos días siguientes (artículo 97º LPL). Como se expresó líneas arriba, dada la aplicación del principio de oralidad antes descrito, si el juez que presidió el acto de juicio no pudiese dictar sentencia, debe celebrarse la audiencia nuevamente (artículo 98º LPL).

Contra las sentencias definitivas de instancia de los Juzgados de lo Social cabe recurso de suplicación, que se caracteriza por lo siguiente: a) es una vía impugnatoria con escasas restricciones de acceso (la cuantía mínima de 1,803 euros se exige para determinados pleitos de reclamación de cantidad); b) se requiere para su interposición asistencia letrada; c) tiene por objeto la revisión del derecho aplicado y también, aunque con importantes limitaciones (solo mediante prueba documental o pericial), la revisión de los hechos fijados en la sentencia de instancia; d) el procedimiento se desarrolla por escrito, sin vista pública; e) la resolución corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. En consecuencia, la "suplicación" no es una "segunda instancia" sino una ape-

lación restringida, pues no basta apelar para obtener la alzada, sino que deben cumplirse los requisitos anteriores.

Contra las sentencias de suplicación puede interponerse recurso de casación especial para unificación de doctrina que tiene por objeto exclusivo garantizar la igualdad en la interpretación de las normas, por lo que se requiere que exista divergencia o contradicción en la aplicación del derecho a casos sustancialmente iguales por parte de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 217º LPL). Cabe también la interposición de casación común u ordinaria en algunos casos, aplicándose a los procesos colectivos de protección de derechos fundamentales.

Finalmente conviene señalar como una novedad importante de cara a los procesos judiciales laborales en América Latina, la existencia del "proceso de conflicto colectivo" que trata sobre controversias sobre interpretación o aplicación de normas que afectan a un "grupo genérico de trabajadores" (artículo 151º.1 LPL). Este proceso tiene carácter de urgente y la preferencia en el despacho es absoluta sobre cualquier otra, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (artículo 157º LPL). La sentencia debe dictarse dentro de los tres días siguientes del acto de juicio y produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto (artículo 158º LPL). En estos procesos el objeto litigioso es la forma como debe aplicarse la ley o el convenio colectivo a un colectivo de trabajadores, sin que sea necesario establecer sumas líquidas de reintegros salariales. Si con posterioridad a la sentencia subsisten discrepancias sobre la forma de liquidar los posibles reintegros a que haya lugar, los trabajadores deben interponer demandas individuales que luego pueden acumularse.

Igualmente es importante destacar como novedad frente a los procesos laborales en América Latina, la existencia de un proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, cuya tramitación tiene carácter de urgente a todos los efectos, y es preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal (artículo 177º LPL). En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor puede solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, en cuyo caso debe citarse a audiencia preliminar dentro de 48 horas en la que solo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada; y el órgano judicial resolverá en el acto mediante auto dictado de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la

situación (artículo 178º LPL). Posteriormente se cita a la audiencia de juicio y la sentencia declarará la existencia o no de la situación denunciada y en caso afirmativo, previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, ordenará 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 (artículo 180º LPL).

Para terminar resulta conveniente referirse a algunos datos estadísticos que dan cuenta de la importantísima trascendencia y efectos prácticos de la aplicación del principio de la oralidad en materia de duración de los procesos.

De acuerdo con las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial(26), existen dos maneras de medir la duración de los procesos judiciales laborales. La primera es las "Duraciones estimadas de los asuntos", señalando que: "El tiempo que los asuntos están en los órganos judiciales es otro indicador de la calidad de la justicia. Se ofrecen duraciones medias estimadas de los asuntos terminados en cada periodo, obtenidas por medio de un modelo matemático que hace uso de los números de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada periodo, datos facilitados por la Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial. *Las duraciones se expresan en meses*" (las cursivas son nuestras).

Estas cifras nos indican que los procesos en los Juzgados de lo Social, entre el 2002 al 2006, han durado entre 4,2 y 5,3 meses. Mientras que en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia los procesos han sido resueltos entre 7,7 y 7,8 meses.

Órganos de la Jurisdicción Social

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Jdos. de lo Social	5,3	5,2	5,0	4,6	4,2
T.S.J. Sala Social	7,8	7,5	7,2	6,9	7,7
A. Nacional. Sala Social	4,1	4,5	3,9	3,6	3,9
Tribunal Supremo Sala 4ª	14,0	13,5	11,4	9,5	9,5

(26) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La justicia dato a dato - año 2006*, Estadística Judicial, pp. 76 y 82, en www.poderjudicial.es.

Asuntos de los Juzgados de lo Social

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Conflictos colectivos	3,6	3,4	2,9	3,3	3,1
Despidos	2,7	2,8	2,7	2,8	2,5
Cantidades	6,0	5,8	5,4	5,1	4,4
Seguridad Social	6,0	5,7	5,7	5,3	5,0

Asuntos de los Juzgados de lo Social en los Tribunales Superiores de Justicia

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Andalucía	5,8	5,7	5,5	5,6	5,3
Aragón	4,1	3,8	3,2	2,8	2,5
Asturias	4,2	4,2	4,2	3,5	2,6
Baleares	4,7	4,7	5,7	6,2	6,8
Canarias	11,6	10,6	9,6	8,0	6,8
Cantabria	5,6	5,8	5,1	4,0	3,3
Castilla y León	3,7	3,1	3,1	3,6	3,5
Castilla-La Mancha	4,0	4,1	4,2	4,3	4,0
Cataluña	4,5	4,5	4,7	4,7	4,6
C. Valenciana	6,3	6,9	6,7	5,6	4,7
Extremadura	3,4	3,1	3,1	3,2	3,3
Galicia	5,6	5,3	4,6	4,0	3,9
Madrid	4,4	4,2	4,0	3,2	2,8
Murcia	3,7	3,2	3,8	2,9	3,1
Navarra	4,4	4,1	4,2	3,8	3,5
País Vasco	4,2	4,3	4,4	4,4	4,0
La Rioja	3,0	3,5	2,8	3,6	5,0
Total	**5,3**	**5,2**	**5,0**	**4,6**	**4,2**

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, La justicia dato a dato - año 2006, Estadística Judicial, p. 81, en www.poderjudicial.es.

La segunda manera de estimar la duración del proceso es el denominado "Tiempo medio estimado que llevan los asuntos en trámite al final del año", señalándose que: "Otra forma de medir las duraciones es considerar el tiempo que llevan los asuntos en trámite al final del año. Este tiempo se ha estimado a partir de los datos facilitados por la Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial por medio de un modelo matemático. Las duraciones se expresan en meses":

Órganos de la Jurisdicción Social

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Jdos. de lo Social	2,7	2,6	2,5	2,3	2,3
T.S.J. Sala Social	4,0	3,8	3,8	3,5	3,6
A. Nacional. Sala Social	2,1	2,1	2,1	1,8	1,7
Tribunal Supremo Sala 4ª	7,0	7,1	6,4	5,1	4,7

Asuntos de los Juzgados de lo Social

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Conflictos colectivos	1,9	1,7	1,6	1,7	1,6
Despidos	1,3	1,4	1,4	1,3	1,4
Cantidades	3,0	2,9	2,8	2,7	2,3
Seguridad Social	3,1	2,9	2,9	2,7	2,6

Asuntos de los Juzgados de lo Social en los Tribunales Superiores de Justicia

	2.006	2.005	2.004	2.003	2.002
Andalucía	2,9	2,9	2,7	2,7	2,8
Aragón	2,0	2,0	1,7	1,4	1,4
Asturias	2,2	2,1	2,1	2,1	1,4
Baleares	2,7	2,3	2,3	2,9	3,2
Canarias	6,1	5,5	5,1	4,4	3,7
Cantabria	2,5	3,0	2,8	2,3	1,8
Castilla y León	1,9	1,7	1,5	1,6	2,0
Castilla-La Mancha	2,3	1,9	2,2	2,1	2,2
Cataluña	2,3	2,2	2,3	2,2	2,3
C. Valenciana	2,9	3,3	3,5	3,1	2,6
Extremadura	1,8	1,4	1,7	1,5	1,8
Galicia	3,0	2,7	2,6	2,1	2,0
Madrid	2,3	2,1	2,0	1,6	1,7
Murcia	2,0	1,7	1,7	1,7	1,4
Navarra	2,4	2,1	2,0	2,1	1,8
País Vasco	2,1	2,1	2,0	2,2	2,3
La Rioja	1,9	1,2	2,0	1,0	2,8
Total	**2,7**	**2,6**	**2,5**	**2,3**	**2,3**

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, La justicia dato a dato - año 2006, Estadística Judicial, p. 87, en www.poderjudicial.es.

En este caso, las cifras nos indican que los procesos en los órganos de la jurisdicción social en la instancia de los Juzgados de lo Social, entre el 2002 al 2006, han durado entre 2,3 y 2,7 meses. Mientras que en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia los procesos han sido resueltos entre 3,6 y 4 meses. Esto significa que en el año 2006 la duración media de todos los procesos laborales ha sido de tan solo 6,7 meses, incluyendo el tiempo de procesamiento en el Juzgado de instancia y en el Tribunal Superior de Justicia que conocen del recurso de suplicación.

Para terminar, unos datos muy importantes en relación al tipo de asuntos ingresados a los Juzgados de lo Social. A este respecto se observa que en todos los años han predominado los asuntos de reclamación de cantidad que han representado entre un 30,41% en 1998 (año de menor participación) hasta el 40,03% de 2005. En segundo lugar se encuentran los asuntos de seguridad social, que en 2005 representaron un 27,61%, habiendo alcanzado el mayor porcentaje en 1998 con el 34,78%. Los despidos se han mantenido en torno a un 20%, con un 23,5% en 2005 (máximo valor) y los conflictos colectivos siempre han estado por debajo del 1% de los asuntos ingresados(27).

Para terminar, la misma estadística nos ofrece también los porcentajes de las sentencias estimatorias, esto es, que declaran fundadas las demandas, que en total han oscilado entre el 58,48% de 1999 y el 63,38% de 2002. En tanto que en el año 2005 las sentencias estimatorias representaron el 62,50%(28).

En un mayor grado de desagregación de dicha información, se señala que desde el 2004 la estadística ofrece estos porcentajes para las distintas materias antes indicadas: "El mayor porcentaje de estimaciones se produce en los procesos de reclamación de cantidades (cerca del 80%). En los procesos por despidos se supera el 70% y en los de seguridad social se está en torno del 44%"(29).

(27) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Datos de Justicia", en *Boletín Información Estadística,* Nº 6, 2007, p. 4.

(28) Ibídem, p. 5.

(29) Loc. cit.

5.2. Uruguay

Por otra parte, de acuerdo con un reciente estudio encargado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en Uruguay se efectuó una reforma procesal a partir de noviembre de 1989 con el cambio del proceso civil escrito regulado por el "Código del Proceso Civil" por el proceso por audiencias del "Código General del Proceso".

Tal estudio señala que: "Como resultado de la reforma se observó una importante reducción de los tiempos procesales. Un estudio muestra realizado por el Proyecto de Reforma Judicial permite establecer que la duración del proceso se ha reducido prácticamente a la mitad. Por otra parte, el éxito del sistema del proceso en audiencia, cuyas ventajas no pareces discutibles, depende de que exista una debida proporcionalidad entre el número de jueces y el número de casos". Y a continuación añade que: "La evaluación de la reforma procesal en el Uruguay no solo indica una sensible reducción en los tiempos procesales, también señala haber alcanzado el objetivo fundamental de inmediación, concentración, publicidad, simplicidad (al limitar el número de tipos procesales al mínimo imprescindible)[30].

La exposición de motivos del referido Código General del Proceso señala que "el proceso oral es un concepto que es usado como expresión de una tendencia hacia la consagración de un proceso mixto, escrito y oral, por audiencias, permitiendo de esta manera, la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios que es unánimemente reclamada".

Por esto es que se señala que algunos autores prefieren denominar al proceso oral, como proceso de inmediación o procesos por audiencias.

5.3. Colombia

En Colombia el proceso laboral está fundado en la oralidad desde el año 1948 con la promulgación del Código Procesal del Trabajo (Decreto Nº 2158), cuya estructura básica se mantiene vigente hasta la fecha, aun-

[30] GREGORIO, *Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina*, cit., p. 5 citando a VÉSCOVI, Enrique y RUECO, María del Carmen, *Los primeros resultados de la reforma de la justicia en Uruguay: un balance a los dieciocho meses de entrada en vigencia del Código General del Proceso*, Idea, Montevideo, 1991.

que se hayan introducido algunas reformas. Por otra parte, también desde 1948, la conciliación está establecida como obligatoria y como requisito para la procedibilidad de los procesos; al igual que los amplios poderes del juez para orientar el proceso y velar por su desarrollo ágil. Desde 1991, con la Ley N° 23, se trasladó la competencia de la conciliación a las autoridades administrativas de trabajo y a centros de conciliación debidamente autorizados, con el objeto de disminuir la congestión judicial(31).

Recientemente, se ha expedido la Ley N° 1149 de 2007, destinada a reforzar la vigencia de la oralidad y del papel del juez como director del proceso, reivindicando la necesidad de la asignación de recursos para la profundización del sistema en la especialidad laboral en los próximos cuatro años(32).

En efecto, el artículo 42° del Código Procesal del Trabajo de Colombia que trata los principios de oralidad y publicidad señala que: "Las actuaciones judiciales en las instancias se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad. Se exceptúan de estos principios las señaladas expresamente en la ley".

Con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento de la oralidad en los procesos laborales se designó una "Comisión intersectorial para la efectividad del principio de oralidad" que tiene la finalidad de coordinar, orientar y recomendar las normas, medidas y herramientas necesarias para poner en práctica dicho principio(33).

En su legislación el principio de oralidad es complementado con otros principios como los de publicidad, inmediación y concentración. El papel del juez es administrar justicia públicamente investido de poderes para dirigir y presenciar efectivamente el proceso. Las partes y los terceros tienen una relación directa con el juez.

---

(31) Cfr. VÁSQUEZ BOTERO, Fernando, "Notas sobre el perfeccionamiento del proceso laboral", en *Reforma Judicial en América Latina: una tarea Inconclusa*, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Cooperación Jurídica, OEA, p. 2.

(32) La necesidad de tales recursos es señalada por Humberto Jairo Jaramillo, cuando señala que: "en Bogotá, no hay despachos adecuados, las sillas no existen, las máquinas son inadecuadas, los abogados deben llevar papel y "toner" de la librería vecina de los juzgados con un solo ascensor; [...]" (JARAMILLO, Humberto Jairo, *Comentarios a la Ley N° 1149 de 2007, para hacer efectiva la oralidad en el proceso laboral*, multigrafiado, Bogotá, 2007).

(33) Decreto N° 3240 del 2006, Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia.

Como se señaló, recientemente ha sido promulgada la Ley N° 1149 de 2007, que modifica diversos artículos del Código Procesal del Trabajo, con el objeto de reforzar la oralidad en el proceso judicial laboral. Entre otros aspectos, se reducen las audiencias de cuatro a dos: una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones y fijación del litigio; y una segunda, de trámite y juzgamiento. Se refuerza igualmente el papel del juez como director del proceso, quien podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, y la agilidad y rapidez en su trámite. Así mismo, se refuerza su facultad para rechazar pruebas y diligencia inconducentes, ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente.

No obstante, la citada ley ha dispuesto también que la implementación del sistema oral en la especialidad laboral se realizará en forma gradual en un término no superior a cuatro años, a partir del 1 de enero de 2008.

5.4. Venezuela[34]

La oralidad es uno de los principios que orientó la reforma de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) efectuada en Venezuela en el año 2002, en aplicación del mandato constitucional de dictar una nueva ley procesal inspirada en los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad, publicidad, gratuidad, equidad, primacía de la realidad de los hechos y rectoría del juez en el proceso.

El artículo 257° constitucional dispone que: "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y sumario. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

En virtud de este artículo, todas las leyes procesales, no solo la laboral, sino todos los procesos administrativos y judiciales, deben estar orientados por la oralidad, la brevedad, la uniformidad y la publicidad.

El proceso por audiencias, que comprende las audiencias preliminar y de juicio dentro del proceso, es la manifestación evidente de la oralidad

(34) Al respecto, vide VV.AA., *Derecho procesal del trabajo*, Ivan Mirabal Rendón (coord.), Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto, Venezuela, 2005.

en el nuevo procedimiento laboral en Venezuela. Así en la Exposición de Motivos de la Ley se hace constar a la oralidad como principio básico que "rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales". La audiencia preliminar es en realidad una conciliación previa en sede judicial llevada a cabo por un juez distinto del que dirigirá el resto del proceso, incluida la audiencia de juicio. La audiencia preliminar es de concurrencia obligatoria y de carácter privado. Su fin esencial es la conciliación entre las partes. El legislador aspira que puedan conciliarse aproximadamente el 60% de las causas que ingresen(35).

La audiencia del juicio es el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes. La misma debe realizarse bajo la presidencia del juez y la participación obligatoria de las partes y sus apoderados. Las partes exponen oralmente sus alegatos. Y en esa misma audiencia, son evacuadas de forma oral las pruebas de testigos y expertos.

Después de año y medio de vigencia en circunscripción judicial del Estado Táchira, se concilió el 87,9% de los casos demandados ante los juzgados laborales y solo el 12,1% fueron enviados a la segunda fase de juicio por lo que concluye que la reforma impulsada en este país va de la mano con los medios alternativos de solución evitándose así el congestionamiento y la carga procesal(36).

5.5. Ecuador

En Ecuador se ha realizado una reforma procesal muy importante que tiene como eje central la introducción de la oralidad en la jurisdicción laboral individual. Los conflictos de naturaleza colectiva se sustancian en la vía administrativa a cargo del Ministerio de Trabajo y Empleo. Esta reforma, al igual que en Venezuela, es mandato imperativo del constituyente de 1998 que estableció la obligatoria implementación del sistema procesal oral en un plazo de 4 años, que culminó en agosto de 2002.

---

(35) URDANETA, Guido, *La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, Homes Urdaneta, Venezuela, p. 13; en www.homesurdaneta.com/contdeint-publ/LA%20ORALIDAD%20Y%20EL%20PROCESO%20POR%20AUDIENCIAS.%20GUIDO%20E.%20URDANETA.pdf.

(36) OCHOA DE PATIÑO, Andrea, "La oralidad en el proceso laboral venezolano", cit., p. 19.

En efecto, la Constitución de Ecuador consagra el principio de oralidad para todos los procesos judiciales en su artículo 194°, en los siguientes términos: "La sustanciación de los procesos que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación".

En Ecuador el sistema oral en los procesos laborales ha implicado una modernización trascendental de la administración de justicia laboral, destinada a garantizar la tutela judicial efectiva, mediante la combinación del proceso oral con el escrito, pero con claro predominando del oral que se materializa en las audiencias de juicio(37).

La introducción de la oralidad en el proceso judicial laboral implica un cambio histórico pues se ha pasado de expedientes escritos en donde el juez no conocía a las partes, a un modelo alternativo en el que se fuerza al juez a conducir el proceso principalmente por audiencias presenciales. Esto implica que el juez debe conducir personalmente las diligencias y actos procesales en los que la forma de expresión oral es la característica sobresaliente(38).

Son tres leyes las que informan sobre el nuevo procedimiento individual de trabajo: a) Ley N° 2003-13, Ley Reformatoria al Código de Trabajo mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales; b) Ley N° 2004-29, Ley Reformatoria a la Ley N° 2003-13, que establece el procedimiento oral en los juicios laborales; y, c) Ley N° 2004-43, Ley Reformatoria al Código de Trabajo.

Uno de los grandes impulsores de estas reformas ha sido Andrés Páez Benalcázar, Presidente de la Comisión de lo Laboral y Social del Congreso de la República de Ecuador, quien ha indicado que antes de la reforma existían 56,000 juicios laborales pendientes de sentencia, mientras que a inicios del año 2006 los juicios postergados se redujeron a una mínima cantidad que no pasan de una decena en cada juzgado. Señaló así mismo que luego de la reforma el 30% de los casos se resuelven en la primera instancia, en la que si hay aceptación parcial de lo reclamado, el demanda-

(37) Cfr. HERNÁNDEZ, Sabino y ACOSTA, Diana, *El Juicio Oral Laboral*, Poligráfica, Guayaquil, 2004, p. 6.

(38) Cfr. PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés, *El nuevo Procedimiento Oral en los juicios de trabajo*, Quito, 2004.

do debe depositar el monto en 10 días, pues de lo contrario si la sentencia ordena el pago lo hará triplicando lo adeudado más intereses y multa. Igualmente indicó que el proceso se lleva a cabo por audiencias con fundamento oral de ambas partes y que el juez tiene amplia libertad para decidir sobre las pruebas que se actúan dentro del proceso, lo que hace que los jueces sean protagonistas con importantes facultades legales, en búsqueda de la verdad material y no solo formal. Precisó igualmente que los juicios orales por audiencia son públicos, otorgan transparencia y reducen las posibilidades de corrupción. Finalmente indicó que los juicios laborales duraban cuatro años o más, y que luego de la reforma duran seis meses, a pesar de la existencia de tres instancias[39].

5.6. Chile

En Chile se vienen haciendo grandes esfuerzos por modernizar y fortalecer la administración de justicia laboral. Por una parte se han duplicado el número de juzgados y tribunales del trabajo, y por otro, en enero de 2006 se aprobó la Ley N° 20087 que sustituyó el procedimiento laboral hasta entonces vigente y se sustituyó por otro que tiene como base el principio de la oralidad. En efecto, el artículo 425° reformado del Código del Trabajo señala que: "Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados [...]. Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley".

Asimismo, el artículo hace mención de los otros principios que complementan al principio de oralidad: "Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad".

También son válidos todo tipo de registros que se pueden hacer de las audiencias, los que se consideran parte del expediente. El mismo artículo antes citado señala que: "Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como

(39) Conferencia de Andrés Páez Benalcázar pronunciada el 6 de abril de 2006, en el Conversatorio Internacional sobre "Introducción de la oralidad en los procesos laborales en los países andinos", organizado por la Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, la Academia de la Magistratura, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República del Perú y la OIT, Lima.

asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella".

No obstante, la aplicación de estas reformas todavía no se ha podido materializar pues se ha postergado por tercera vez su aplicación, al disponerse que comenzará a regir en el año 2008, generando una reacción de malestar por parte de los actores sociales, en especial las organizaciones de trabajadores que expresaron "su rechazo ante los anuncios oficiales de la postergación de la entrada en vigencia de la nueva justicia laboral que debía implementase a partir del 1 de marzo 2007"(40).

La falta de recursos necesarios para el éxito de la reforma y la necesidad de capacitación previa, habrían motivado este nuevo aplazamiento en el inicio de la reforma procesal.

6. LOS SISTEMAS PREJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para contribuir decisivamente a una profunda reforma procesal laboral en la región, no basta actuar solo en el ámbito judicial, sino que también hay que acometer esfuerzos en el ámbito de la administración pública del trabajo. Es en esta sede que deben desarrollarse los sistemas prejudiciales de solución de conflictos laborales, destinados a solucionarlos y evitar que lleguen a la instancia judicial, lo que ha desarrollado toda una teoría acerca de la "evitación del proceso". Otro aspecto de suma importancia es la inspección del trabajo que también pertenece al ámbito de la administración del trabajo, a la que nos referiremos someramente en la parte final de este artículo.

En la medida que los conflictos laborales, en especial los de naturaleza colectiva, pueden alterar la actividad productiva así como la paz social, es muy importante que tales conflictos puedan procesarse por sistemas administrativos de solución de conflictos, sean estos de revisión o de aplicación de derecho.

El Estado no puede permanecer indiferente frente a estos conflictos, y además, es una forma de fomentar la negociación colectiva, conforme lo precisan los Convenios N°s 98 sobre sindicación y negociación colectiva y el 154 sobre negociación colectiva, de la OIT. Frente a un conflicto no se

(40) Diario *La Nación*, en su edición del 21 de diciembre de 2006. Pronunciamiento hecho por la CUT.

puede proceder a prohibirlo o reprimirlo, sino que debe procesárselo a través de mecanismos profesionalizados de conciliación, mediación o arbitraje voluntario, con respeto de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva.

Por esto resulta muy importante que las legislaciones nacionales establezcan adecuadas facultades y atribuciones específicas a favor de los ministerios de trabajo o de organismos tripartitos para gestionar, procesar y solucionar tales conflictos, en bien de trabajadores, empleadores y de la sociedad en general.

Estos sistemas de solución de conflictos también deberían atender conflictos de naturaleza individual, con vínculo laboral vigente o fenecido.

La evolución del Derecho del trabajo en América Latina muestra que los interlocutores sociales siempre han admitido la presencia de un tercero independiente que les ayude a la solución de un litigio. Por esta razón, en la mayoría de leyes procesales se han incorporado la conciliación como estación procesal dentro de los juicios laborales.

En varios países existen organismos administrativos con facultades para intervenir en las controversias individuales o colectivas, y en algunos casos, esta intervención es de naturaleza obligatoria antes que las partes puedan accionar judicialmente. En Canadá, por ejemplo, existe una especie de tribunal administrativo de carácter tripartito con capacidad para resolver controversias laborales; en Brasil la legislación confiere esa competencia a las Comisiones de Conciliación Previa que incluso pueden funcionar en el sindicato de categoría o a nivel de cada empresa y son integradas en forma paritaria por representantes empresariales y sindicales, obteniendo los acuerdos naturaleza jurídica de cosa juzgada. En Costa Rica funciona el Centro de Resolución Alterna de Conflictos Laborales, un organismo del Ministerio de Trabajo, donde funcionarios buscan la solución del conflicto a través de la conciliación. Tanto en Brasil como en Costa Rica tales órganos son de naturaleza voluntaria(41).

Los casos de México y Panamá constituyen una excepción a la regla general de que las cuestiones vinculadas a conflictos de tipo económico en general, deban ser atributo de la autoridad administrativa a través de los

(41) Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*, OIT, elaborado por Jorge Sappia, Santiago de Chile, 2000.

sistemas de conciliación y arbitraje. En estos dos países funcionan juntas de conciliación que tienen origen administrativo, pero cuyas decisiones tienen efectos jurisdiccionales, toda vez que conocen y resuelven todo tipo de contiendas y solo admiten la intervención judicial en la segunda instancia ante el más alto tribunal de justicia a los fines de controlar la observancia constitucional(42).

Las juntas actúan en instancia única, su integración es tripartita y tienen competencia material en razón de las distintas actividades laborales del país. Brasil por su parte exhibe uno de los, quizás más atípico modelos jurisdiccionales de la región, ya que por disposición constitucional sus tribunales tienen capacidad funcional para intervenir en todos los conflictos de tipo laboral, indicando expresamente que esa competencia incluye tanto a los individuales como a los colectivos.

Por otra parte, diversos estudios han indicado que la mayoría de inconvenientes de las personas con problemas de justicia han tenido que ver con la falta de conocimientos, por lo que pueden resolverse en instancias que no sean jurisdiccionales. Esto es, pueden resolverse en instancias prejudiciales, administrativas o de servicios dependientes de la justicia, pero que no ejercen una acción jurisdiccional(43).

Conviene contribuir a crear instituciones de muy diversa naturaleza que sin ser jurisdiccionales puedan coadyuvar a la función jurisdiccional. A este respecto Cox nos señala que: "Lo jurídico y la justicia es más que lo restrictivamente jurisdiccional. A nivel de actores se ha podido constatar que como 'colaboradores de justicia' pueden operar otras personas, aparte de los abogados y los jueces. En realidad, el acceso a la justicia es más que el acceso a los tribunales, es también, aunque no exclusivamente, una cuestión de inmediatez, un problema de territorialidad. Allí donde la gente vive su vida o trata de vivir su vida y tiene sus problemas sociojurídicos, es donde la inmediatez de servicios y el acceso debieran asegurarse".

Y a continuación añade: "Lo jurídico es un problema de equidad, de conocimiento y de acceso a los derechos; es una cuestión de poder ejercer

(42) Cfr. Loc. cit.

(43) Cfr. COX, Sebastián, "Asistencia legal popular: la experiencia de Forja en Chile", *en Reforma Judicial en América Latina: una tarea Inconclusa,* Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Cooperación Jurídica, OEA, p. 2, en www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm.

las libertades y los derechos que están consagrados en las leyes y, por tanto, es algo que interesa directamente a las personas que construyen los procesos democráticos. Lo jurídico, en esta concepción, es un asunto de interés público, de interés común y tiene que ver con la superación de la pobreza, una de las mayores lacras de nuestra sociedad. Lo jurídico tiene que ver, además, con el respeto, la autoestima, la capacidad de cada persona de ser ciudadano, de vivir y de incorporarse a un proyecto, que es el proyecto País"(44).

7. LA IMPORTANCIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

La mejora y fortalecimiento de los sistemas de inspección del trabajo tienen una gran importancia para la prevención y solución de los conflictos de trabajo, puesto que permiten informar, orientar y asesorar a empleadores y trabajadores para actuar con observancia de las normas legales que regulan las relaciones de trabajo; por otra parte, permite elevar el grado de cumplimiento de la legislación laboral a través de la vigilancia y sanción de conductas infractoras, dentro del marco del respeto de las garantías de legalidad y del debido proceso.

Un sistema de inspección del trabajo adecuadamente organizado y dotado de las facultades y atribuciones suficientes, así como de los recursos humanos y materiales necesarios, contribuirá a la disminución de los conflictos laborales al ser detectados en los mismos, centros de trabajo aun antes de que exista reclamación alguna, con lo que se soluciona el conflicto antes de que este se haya materializado.

Un eficiente sistema de inspección evita conflictos jurídicos que, al no corregirse tempranamente por acción de la administración del trabajo, en el futuro serán planteados ante la administración de justicia.

Las normas internacionales de la OIT, en especial el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (N° 81), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (N° 129), y el Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, de 1947, así como las Recomendaciones N°s 81, 82 y 133, establecen los criterios generales que debieran observar los sistemas de inspección del trabajo en lo que respecta a competencia, funciones, estructura, personal,

(44) Ibídem, p. 5.

recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral.

La observancia de tales criterios permitiría contar con eficientes sistemas de inspección del trabajo que contribuyan a la disminución de los conflictos laborales en su etapa de gestación misma, incluso antes de que las propias partes sociales hayan advertido su existencia.

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL(*)

Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU

SUMARIO: 1. Introducción 2. Marco conceptual. 3. Principios de la seguridad social. 4. Marco constitucional sobre la seguridad social. 5. La reforma pensionaria.

1. INTRODUCCIÓN

La protección social en el país es uno de los más importantes temas pendientes en la agenda nacional. El número de personas que se encuentran acogidos dentro de los sistemas de salud y pensiones es escaso debido a la informalidad laboral, los bajos ingresos, la cultura a favor de las prestaciones sociales, el bajo índice de fiscalización, la ausencia de programas nacionales de coordinación social, etc. La situación descrita genera bajos índices de afiliación a los sistemas de seguridad social(1), sobre este escenario se han implementado una serie de reformas sociales.

(*) Agradecemos a la Dra. Karen Ángeles Llerena por el valioso apoyo brindado en la elaboración del presente artículo.

(1) Solamente el 24% de los trabajadores dependientes y 4.5% de los independientes están afiliados a un sistema de salud, y el 32% de los dependientes y 9,2% de los independientes lo están a un sistema de pensiones en el país (Ministerio de Trabajo, 2005; elaborado sobre la base de la información proporcionada por el INEI).

La regulación de la seguridad social ha tenido enormes cambios en los últimos años en nuestro país. La mayor reforma constitucional que hemos tenido fue en materia de seguridad social (supresión de las disposiciones sobre condición más beneficiosa de los regímenes pensionarios), las sentencias del Tribunal Constitucional han tenido enorme influencia en la regulación de los sistemas pensionarios y constantemente se presentan variaciones normativas en torno a los sistemas previsionales (la dación de la ley de libre desafiliación, la reforma de la cédula viva, así como las propuestas para introducir nuevos sistemas son una prueba de ello).

En los últimos quince años, el sistema de seguridad social en el ordenamiento peruano ha variado radicalmente, tal como da cuenta de ello un estudio del profesor Luis Aparicio Valdez sobre la reforma de la seguridad social en el Perú(2). Los regímenes de pensiones, salud y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como el respectivo andamiaje administrativo y financiero han sufrido grandes modificaciones, con un especial énfasis en la introducción de la inversión privada y en la centralización de la fiscalización.

Debido a la grave crisis que se apreciaba en los regímenes de seguridad social –creados en la década de los setenta– que se manifestaba en regímenes de pensiones diferentes y en la crítica situación del organismo rector denominado Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS, y siguiendo la experiencia que se apreciaba en algunos países, desde el año 1992 se han dictado diversas normas que establecieron nuevas disposiciones en materia de seguridad social reorganizando su administración y financiamiento.

A través de este artículo nos referiremos a los principios de la seguridad social a la luz de los cambios indicados, especialmente aquellos que tienen incidencia en la regulación pensionaria, así como el tratamiento constitucional correspondiente.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Antecedentes

Se debe tener en cuenta que en las etapas previas al nacimiento de la seguridad social, el objetivo era la protección de las situaciones de necesidad

(2) APARICIO VALDEZ, Luis, "La reforma de la seguridad social en el Perú", en *Derecho & Sociedad*, Nº 11, Lima, 1996, pp. 35 y ss.

individual, sin considerar determinados riesgos y situaciones que tuvieran un origen colectivo (en un sistema más propiamente de seguro social). Solo cuando estas últimas entren en juego –un sistema que no se limite a los regímenes contributivos de seguridad social– y se intente proteger los riesgos colectivos, puede hablarse del surgimiento de la seguridad social.

El Estado, para proteger la situación de su población trabajadora, fue generando sistemas de "seguros sociales" que, frente al aseguramiento individual, asistenciales (beneficencia) o sistemas de previsión privada colectiva (mutuales por ejemplo); establecían mecanismos contributivos y asistenciales de previsión social en donde lo esencial era la protección de las necesidades de la población.

En la historia sobresalen dos corrientes de evolución sobre este tema. La primera surge en Alemania denominada la "estrategia Bismarck" (siglo XIX) que estableció el primer sistema de seguro social –en los términos que se conocen hoy en día–, la cual se caracterizaba fundamentalmente por su espíritu paternalista, generando ventajas laborales y de protección basada en un sistema contributivo de seguridad social (empresarios y trabajadores). Este sistema suele ser denominado "seguro social".

Sin embargo, llegó a ser un sistema débil debido a que solo se limitaba a brindar beneficios a la población asalariada (carácter profesional), además, era asistemático porque no protegía todos los riesgos y situaciones necesarias para el trabajador.

Por otro lado, la "estrategia Beveridge" (siglo XX), la cual surge en Inglaterra, crea un sistema de protección universal, es decir, que el criterio de aplicación no era el carácter profesional sino el de redistribución de la renta (el financiamiento no solamente se originaba de contribuciones sino de impuestos), con la finalidad de promover un espíritu solidarista y de protección a quienes más lo requieran aun cuando no tuvieran un sistema de cotización. Este sistema se ha denominado "seguridad social".

Esta última concepción redefine la previsión social e importa la aparición de la seguridad social, donde el sistema contributivo deja de ser el eje central de la previsión pues esta se debe centrar en las necesidades y riesgos sociales de todas las personas (universalidad).

2.2. Definición y características

Son muchas las posibles definiciones que se puedan citar respecto del sistema de seguridad social. Una que nos atrae es aquella que la define

como el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de prevenir y proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal.

En esta misma línea, se ha indicado que la seguridad social es el "conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente valuables"(3). En otras palabras, la seguridad social está definida "más por los fines –proteger situaciones de necesidad– que por la forma de hacerlo o los medios utilizados para ello"(4).

En la misma línea que hemos descrito se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC). Así, en su sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 28389 –norma que introdujo las modificaciones constitucionales para implementar la reforma de la cédula viva– del 3 de junio de 2005 (Fundamento N° 54), se destacó:

> "La seguridad social es la garantía institucional que expresa, por excelencia, la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10° de la Constitución– al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'".

Sobre la base de lo expresado, podríamos destacar las principales características generales del sistema de seguridad social:

(3) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José, *Instituciones de la seguridad social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 37.

(4) RODRÍGUEZ, María, GORELLI, Juan y VILCHEZ, Maximiliano, *Sistema de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 38.

a. **Público:** el Estado tiene la obligación de cubrir las necesidades de protección de la población, no es posible dejarlo a la sola regulación privada.

b. **Mixto:** el Estado brinda un servicio de protección a los sujetos necesitados, pudiendo existir una contraprestación contributiva y no contributiva.

c. **Cubre necesidades:** el objetivo de la seguridad social es cubrir las necesidades de la población y generar un sistema universal tanto en su ámbito subjetivo como objetivo.

d. **Autónomo:** cada vez más, la seguridad social adquiere una mayor autonomía dentro de la regulación jurídica. Ciertamente, no puede dejarse de lado la relación que existe con el Derecho laboral, especialmente en la configuración general de su regulación así como la aplicación de los principios que la sustentan.

A la fecha, el sistema de seguridad social en nuestro país puede resumirse en el siguiente cuadro.

Sistemas	Antes de la reforma	Luego de la reforma
Salud	A cargo de una entidad pública, financiamiento de trabajadores y empresas	Pública: EsSalud, financiado por empresas. Todas las prestaciones o mínimo capa compleja. Privada: EPS, voluntaria, reversible y financiado por empresas. Solamente la capa simple.
Pensiones	A cargo de una entidad pública, financiamiento de trabajadores y empresas	Pública: ONP, financiado por trabajador. Todas las prestaciones, excluyente del privado. Privada: AFP, financiado por trabajador. Todas las prestaciones, no cabe retorno al público salvo excepciones.
Riesgos laborales	A cargo de una entidad pública, financiamiento de empresas. Solo para obreros	Solamente para actividades riesgosas, empresas escogen entidades públicas y privadas para riesgos laborales. Financiado por empresas.

De acuerdo con los esquemas anteriores, la seguridad social en el Perú se ha diversificado en cuatro entidades: EsSalud, EPS, ONP y AFP. Respecto a la salud, las entidades que velan por el buen funcionamiento del sistema son EsSalud y las EPS (Entidades Prestadoras de Salud), estas últimas consideradas como un servicio complementario de salud, puesto que solo cubren enfermedades calificadas como capa simple a diferencia de EsSalud que cubre tanto la capa simple como la compleja.

Por otro lado, respecto a las pensiones existen dos regímenes que son: el estatal y el privado. En el primero se encuentra el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) de los trabajadores del Decreto Ley N° 19990 y el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado de los trabajadores beneficiarios del Decreto Ley N° 20530. En cuanto al segundo, este está conformado por las AFP (Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones) que integran el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), actualmente supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

3. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Existe una serie de estudios sobre los alcances de los principios y sus diferencias con las reglas de Derecho(5). Nosotros nos limitaremos a describir los principios de la seguridad social a partir de una definición clásica de los principios. Dichos principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación –inspirando sus contenidos–, interpretación y aplicación –integrando algunas–(6).

Siguiendo a Ermida Uriarte(7), describiremos los principios fundamentales de la seguridad social:

(5) Un interesante estudio sobre el tema, puede encontrarse en VV.AA., Luis de la Villa y Lourdes López, (dirs.), *Los principios del Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, pp. 39 y ss.

(6) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

(7) ERMIDA URIARTE, Oscar, "Los principios de la seguridad social", en *La seguridad social en el Uruguay*, Montevideo, 1993, pp. 14 y ss.

3.1. Respecto a los sujetos

a. La universalidad subjetiva. La seguridad social no es un patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador, sino que comprende a todas las personas que requieran de un nivel de protección. La esencia de este principio se basa en que la seguridad social es un derecho fundamental y no está restringido a una clase o grupo social. Desde otro punto de vista, se puede indicar que no solamente protege a los asalariados sino a toda la población en general(8).

Ciertamente, este principio requiere de una actuación progresiva del Estado en el tiempo, de tal manera que el grupo de asegurados comprenda, en un primer momento, a los trabajadores y a sus familiares y, progresivamente, al resto de la población(9).

3.2. Respecto a los riesgos

a. La universalidad objetiva. Enfocada a cubrir las contingencias que los individuos pueden padecer, manteniendo el equilibrio entre las necesidades y los ingresos que provienen de las aportaciones de los asegurados, no siendo relevante si dichos ingresos son de la aportación directa del que padece de la contingencia o de otro. De esta manera, se enlaza con el principio de solidaridad.

3.3. Respecto al financiamiento

a. La solidaridad. Importa no solo en la perspectiva de lo ético sino también como un deber social de ayuda compartida de los que contribuyen para quienes no puedan hacerlo por su situación económica. Se ha dicho sobre este principio que es la esencia de la seguridad social, "no se

(8) DE LOS HEROS, Alfonso, "Nuevos desafíos del sistema provisional peruano: modelo complementario o alternativo de pensiones", en *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Arequipa, 2006, p. 791.

(9) GARCÍA GRANARA, Fernando, "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones", en *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Arequipa, 2006, p. 863.

trata de un ingrediente opcional o contingente"[10], de tal manera que todas las personas tienen que contribuir al sistema aun cuando no reciban efectivamente las prestaciones[11].

Para el TC, la solidaridad importa (sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC):

> "a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
>
> b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales".

b. La eficiencia. Este principio significa el aprovechamiento óptimo de los recursos socialmente disponibles para enfrentar las contingencias, de tal manera que se cubran todas las necesidades de la población en forma adecuada y oportuna.

Con relación a este principio, la sentencia de inconstitucionalidad del TC contra la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 del 3 de junio de 2005 (Fundamento N° 50) señaló:

> "En efecto, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional".

---

(10) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la seguridad social*, FCU, Montevideo, 1999, p. 408.

(11) GARCÍA GRANARA, Fernando, "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones", cit., p. 865.

3.4. Respecto a las prestaciones

a. La equidad e igualdad. Debe entenderse en dos sentidos: primero, que quienes reciben los beneficios es porque lo necesitan para satisfacer sus intereses, y segundo, porque aquellos que aportan al sistema deben recibirlo como contraprestación a cambio de sus aportes, de tal manera que no se establezcan distinciones o diferencias que pudieran basarse en criterios no razonables (por ejemplo, que se fijen grados de atención en función a la cantidad de las aportaciones). En esta misma línea, se ha dicho que las prestaciones de la seguridad social a favor de las personas deben ser tuteladas "contra los mismos riesgos con la misma intensidad"[12].

b. La calidad. La atención que reciba el asegurado debe ser la mejor dentro de los estándares vigentes en la sociedad. Naturalmente, ello no supone que, en atención al principio de solidaridad, el Estado pueda regular los niveles de prestaciones que se confieren a la población; en esta línea, el TC indicó (sentencia del 3 de junio 2005) que: "No se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos".

3.5. Respecto a la administración

a. La unidad. El Estado, a través de sus instituciones, otorga las prestaciones de seguridad social para satisfacer las necesidades de los asegurados. Ciertamente, este principio debe entenderse de manera flexible, es decir, que los diversos organismos o entes (públicos o privados) encargados de otorgar las prestaciones de seguridad social deben realizarlo coordinadamente con enlaces de comunicación dentro de un solo sistema y no de forma separada e independiente.

La administración importa una gama de posibilidades: a) *pluralismo*: coexisten y compiten entidades públicas y privadas, b) *participación*: tanto los trabajadores como empleadores colaboran en la gestión del Estado en seguridad social, c) *planificación*: el Estado debe regular la gestión y el

---

[12] ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *Instituciones de seguridad social*, cit., p. 30. Sobre el principio de igualdad en general, un texto ineludible es NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2000, pp. 107 y ss.

otorgamiento de las prestaciones; y, d) *subsidiaridad*: el Estado subsidia en defecto de la participación de entes privados.

Ciertamente, como bien apunta García Granara en este caso, más que un principio, "se trata de un mecanismo de organización administrativa" que busca que la seguridad social funcione en forma integrada y no en compartimentos estancos[13].

3.6. ¿Otros principios?

Finalmente, un tema relevante se relaciona con la posible aplicación de los principios del Derecho del trabajo a la seguridad social.

Al respecto, Neves Mujica[14] destaca que es posible aplicar los principios de las relaciones laborales a la seguridad social. En tanto que los principios del Derecho del trabajo tales como: la irrenunciabilidad de derechos, norma más favorable ante un conflicto normativo y la interpretación más favorable en caso de duda sobre el sentido de una norma se aplican a las disposiciones de derechos humanos y la seguridad social reconocen derechos humanos. Los principios anotados del Derecho laboral pueden ser trasladados en la regulación previsional.

El TC ha anotado (sentencia del 3 de junio de 2005, Fundamento N° 71) con relación a los atributos de los derechos fundamentales lo siguiente:

> "Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad".

4. MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los temas que fue utilizado por aquellos que impulsaron la promulgación de una nueva Constitución peruana era que las reformas

(13) GARCÍA GRANARA, "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones", cit., p. 866.

(14) NEVES MUJICA, Javier, "Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social", en *Asesoría Laboral*, abril de 1999, Lima, pp. 25-26.

que debían producirse en el tema de la seguridad social requerían de un marco constitucional adecuado, especialmente para permitir que el sector privado ingrese a los nuevos sistemas previsionales y sociales que se habían emitido. Si bien en el año 1991 se dictaron dispositivos –vía delegación del Congreso– que creaban los regímenes privados de pensiones y de salud, y en diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25897, norma que creó el actual SPP, la Constitución de 1993 fue la que otorgó el necesario soporte constitucional para la instauración del nuevo esquema normativo.

4.1. Marco general

La Constitución peruana de 1993 sigue adscribiéndose a los países que tienen una Constitución que consagra un Estado social. En primer término, el artículo 43° (ubicado en el Capítulo I del Título II denominado "Del Estado y la Nación") señala que el Perú es una República "democrática, social, independiente y soberana". En la misma línea, el artículo 58° (ubicado en el Capítulo I del Título III denominado "Del Régimen Económico") precisa que la iniciativa privada "se ejerce en una economía social de mercado".

Por otro lado, se reconocen una serie de derechos de "segunda generación" (derechos al trabajo, seguridad social, educación, etc.), se asigna un papel fundamental al Estado en la vigencia, promoción y respeto de estos derechos y el artículo 3° de la Constitución peruana vigente establece una lista abierta de los derechos que tienen rango constitucional, al estilo de la Constitución de 1979.

Con relación a este tema, el TC (en la sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI/TC) ha destacado:

> "[...] la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permite una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales. De un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno.

> De otro lado, la hermética doctrina que propugna como elemento medular el necesario sacrificio de los derechos subjetivos ante la supuesta primacía de los principios constitucionales de connotación social como la seguridad ciudadana o el orden público, tampoco satisface los cánones de una apropiada labor tuitiva de los derechos constitucionales. La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella.
>
> La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales supone a su vez la defensa de la institucionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista".

Sin duda, se han reducido, con relación a la Constitución de 1979, las referencias al carácter social del Estado. Esta situación conduciría, de acuerdo con lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal. En efecto, Rubio[15] precisa que la Constitución de 1993 presenta características propias de un Estado policía –categoría similar al Estado liberal–:

> "El Proyecto –hoy la Constitución de 1993– tiene una concepción de Estado policía del siglo XIX y ha tratado de ser coherente con él. La mayoría ha buscado eliminar prácticamente todo

(15) RUBIO, Marcial, "El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático", en *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*, Nº 1, Año LXXXI, Lima, 1993, pp. 11-16.

> rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado [...]. Algunas expresiones genéricas, como la de la existencia de una 'economía social de mercado' no alteran la validez de la afirmación antedicha" (el agregado es nuestro).

Podemos criticar a la Constitución de "austera", de –prácticamente– desaparecer las normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada y de no repetir las fórmulas principistas o ciertas obligaciones del Estado. Sin embargo, no compartimos lo expresado por Rubio. No puede negarse que el texto de la Constitución de 1993 consagra un modelo "social", ciertamente menos "social" que su precedente, pero no existe una completa separación de este modelo, sí una "atenuación"(16):

> "En suma, el 'principio laboralista', y las propias normas de 'Estado social' y 'economía social de mercado', dentro de las cuales aquel juega un verdadero rol informador, resulta claramente debilitado por la Constitución del CCD [se refiere al proyecto de la Constitución de 1993]" (el agregado es nuestro).

4.2. Principales disposiciones sobre la seguridad social

En la Constitución peruana de 1993, las disposiciones sobre seguridad social no se encuentran en un capítulo especial dentro del Título "De los derechos fundamentales", como ocurría con la Constitución de 1979, donde había un acápite especial –capítulo– de seguridad social, salud y bienestar. Los escuetos artículos sobre seguridad social en la Constitución de 1993 aparecen dentro del capítulo de los derechos económicos y sociales, el cual se distingue del capítulo de los derechos fundamentales. Además, cuantitativa y cualitativamente se han reducido las disposiciones sobre seguridad social en la Constitución de 1993.

Así, de acuerdo con la Constitución de 1993, formalmente, solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados como "Derechos fundamentales de la persona". Ergo, el derecho a la seguridad social ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino como un derecho social-económico.

---

(16) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "El trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura", en *Asesoría Laboral,* N° 34, Lima, 1994, p. 16.

Sin embargo, consideramos que el derecho a la seguridad social sigue siendo un derecho fundamental. En primer lugar, la relación de derechos que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución de 1993 ("De los derechos fundamentales de la persona") no es taxativa. En efecto, el artículo 3° del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa –al igual que la Constitución uruguaya de 1967 y la Constitución peruana de 1979, respecto de los derechos fundamentales– que "la enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza [...]".

En segundo lugar, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución –es decir, los catalogados como: "Fundamentales de la persona"–. En efecto, y a diferencia del sistema constitucional español, todos los derechos reconocidos en la Constitución –sean catalogados como fundamentales o no– son protegidos por una acción de garantía, la mayoría de ellos mediante la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200° de la Constitución).

Ahora veamos las disposiciones concretas en materia de seguridad social de la Constitución de 1993.

4.3. Derecho a la salud y seguridad social

En primer lugar, cabe destacar la distinción constitucional entre derecho a la asistencia en salud y la seguridad social. En efecto, por un lado, el artículo 9° de la Constitución[17] reconoce el derecho a la protección en salud, esto es, la asistencia –y no la previsión social–; y luego, los artículos 10° al 12° de la Constitución aluden a la seguridad social.

De esta manera, de manera formal, se regula la protección de la salud, como un derecho constitucional de prestación, que obliga al Estado a organizar un servicio sanitario[18], que en la práctica peruana recae en el Ministerio de Salud[19].

---

[17] **Constitución Política del Perú**

"**Artículo 9°.-** El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud".

[18] RODRÍGUEZ / GORELLI / VILCHEZ, *Sistema de seguridad social*, cit., p. 252.

[19] Al respecto, el TC ha indicado: "Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales socia-

4.4. Dignidad: marco general

La seguridad social, como todo atributo de la persona, se sustenta en la dignidad de la persona. Así, en la sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 del 3 de junio de 2005 (Fundamento N° 38), el TC destaca:

> "Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1° y 3° de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional.
>
> De otro lado, tomando en consideración que el artículo 44° de la Constitución reconoce como un deber fundamental del Estado '[...] promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación', se debe reconocer el compromiso del Congreso para legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria.
>
> En consecuencia, al resolver la presente causa, será incontrovertible que este colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones, para determinar cómo se ha realizado la reforma constitucional".

4.5. Previsión social

Sobre la seguridad social misma, tenemos el reconocimiento expreso del derecho a la seguridad social en el artículo 10° de la Constitución de 1993. En este artículo se prevé que toda persona tiene derecho al acceso universal y progresivo a la seguridad social, "para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

---

les de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. La *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo" (Expediente N° 011-2002-AI/TC).

El artículo citado contiene un mandato general y progresivo, acercándose a una fórmula de preceptividad aplazada o mediata, por la cual se prevé una actuación diferida del Estado respecto de la seguridad social. El antecedente de esta disposición se encuentra en los artículos 12° y 13° de la Constitución de 1979. En el primero de los artículos, se reconocía el principio de universalidad dado que se establecía que el Estado garantizaba el derecho de todos los ciudadanos a la seguridad social, regulando la ley el acceso progresivo y su financiamiento. En el segundo de los artículos se recogía el principio de integralidad, disponiéndose que la seguridad social cubría los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser protegida conforme a ley.

En el artículo 10° de la Constitución de 1993, se reconoce el principio de universalidad e integralidad pero con una fórmula menos comprometedora para el Estado. Expresamente, se indica que: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

De esta forma, de la fórmula que garantiza el acceso a la seguridad social (1979), pasamos a una que prevé el reconocimiento de la seguridad social (1993); de la descripción enunciativa de las contingencias cubiertas por la seguridad social (1979), ahora nos encontramos con un mandato escueto que encarga a la ley el reconocimiento de las contingencias cubiertas (1993).

Empero, ello no importa una afectación a la seguridad social pues el reconocimiento mismo de la institución importa que el Estado deba reconocer las prestaciones que deben ser materia de tutela y regulación[20]. No existe, pues, un desmedro a la cobertura de la seguridad social. Sobre la eficacia y virtualidad misma de la seguridad social, la sentencia del 3 de junio de 2005 del TC indica:

> "Debe enfatizarse que el constituyente derivado goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en materia de seguridad social.

(20) En la misma línea, vide ABANTO REVILLA, César, "El derecho universal y progresivo a la seguridad social", en VV.AA, *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 422.

No obstante, el respeto el principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social, conforme a lo señalado por el artículo 10° de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad".

4.6. Prestaciones de la seguridad social

El artículo 11° de la Constitución de 1993 establece la libertad de acceso a las prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades privadas, públicas o mixtas, encargándose al Estado la supervisión de tales actividades. En concreto, destaca el artículo 11° que "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. La ley establece la entidad del Gobierno nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado"(21).

El artículo 14° de la Constitución de 1979 es el antecedente de la disposición constitucional citada, el cual establecía que una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y fondos aportados por el Estado, trabajadores y empleadores, tenía a su cargo la seguridad social. Además, se admitía la existencia de entidades privadas, complementarias o especializadas, que brindaban servicios en seguridad social.

Este es el gran cambio constitucional en materia de seguridad social. Con la disposición de la Constitución de 1993, se "legitimaba" la descentralización y privatización de la seguridad social, y la supervisión del Estado que no necesariamente tenía que ser centralizada. De la exclusividad de la administración estatal, a través del Instituto Peruano de Seguridad Social –IPSS– (1979), se establecía un marco constitucional que permitía la creación de sistemas privados o mixtos de seguridad social así como diversos entes reguladores del Estado para supervisar el funcionamiento de tales sistemas (1993).

(21) La última oración corresponde al párrafo agregado mediante la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004, Ley de reforma constitucional.

Pese a la variación, consideramos que el principio de unidad de la seguridad social puede seguir teniendo vigencia en la medida en que el Estado administra –mediante instituciones públicas– y supervisa a las entidades privadas que participan en la seguridad social, en una suerte de coordinación y no de exclusividad, ya que este principio se refiere, como apunta Grzetich Long, a niveles de coordinación e integración en atención al principio de solidaridad(22). En la misma línea, el TC ha resaltado que "la seguridad social (dentro de cuyo concepto, se entenderá incluido el servicio previsional de salud, conforme a los alcances del artículo 11° de la Constitución) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad" (Expediente N° 011-2002-AI/TC).

En este sentido, el IPSS, cuya base normativa fue la Ley N° 24786, fue reemplazado por el Seguro Social de Salud (EsSalud), creado mediante Ley N° 27056. Esta institución no cuenta con un reconocimiento constitucional y recientemente tiene plena autonomía a través de la Ley N° 28006 de junio del año 2003.

A partir de la variación operada, algunos sostienen que han desaparecido las referencias a los principios de solidaridad y unidad(23). Nosotros creemos que la Constitución de 1979 no consignaba expresamente el principio de solidaridad, sino que se desprendía de la regulación su reconocimiento. Esta situación se mantiene en la Constitución de 1993 que reconoce, al recoger el derecho de seguridad social, el principio de universalidad tal como lo ha venido predicando el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. Más bien, las reformas de la cédula viva (Decreto Ley N° 20530) se sustentaron, entre otras razones, en el reconocimiento de los principios de la seguridad social(24).

---

(22) GRZETICH LONG, Antonio, *Derecho de la seguridad social*, Plural, Montevideo, 1998, T. II, pp. 37 y ss.

(23) MARCOS RUEDA, Eduardo, "Coincidencias y diferencias entre dos Constituciones en seguridad social", en *Asesoría Laboral*, N° 37, Lima, p. 44.

(24) Sobre la reforma constitucional y la aplicación de los principios de la seguridad social, pueden verse ABANTO REVILLA, César, "Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones en el Decreto Ley N° 20530", en *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, 2005; GONZALEZ HUNT, César, "La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro

Por otro lado, el hecho de que se reconozca el libre acceso a la seguridad social así como su descentralización, no supone necesariamente desconocer los principios de solidaridad y unidad. En el propio SPP, la existencia de pensiones mínimas, está respaldada, por ejemplo, por el principio de solidaridad. Lamentablemente, en el plano legislativo, como se verá más adelante, sí se aprecian diversos elementos que permitirían inferir que el principio de unidad no tiene plasmación positiva en el sistema peruano.

En la misma línea, las reformas que se trabajan en torno a la reforma del sistema de pensiones deberían contemplar dentro de su estructura un sistema de tres pilares, donde el primero debería ser público: asistencial (solidario, universal), contributivo (aportes obligatorios de los trabajadores) y voluntario (aportaciones potestativas)[25]. Con relación a este tema, el TC ha destacado que: "Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones" (Expediente N° 011-2002-AI/TC).

Sobre la libre desafiliación, el TC, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, estableció tres supuestos específicos en los cuales era posible el retorno de los pensionistas del SPP al SNP:

i. Si la persona cumplía los requisitos establecidos para acceder a una pensión en el SNP antes de trasladarse a una AFP.

ii. Si no existió información para que se realizara la afiliación.

iii. Si se están protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida o la salud.

---

del sistema de seguridad social en pensiones", en *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 889 y ss.

(25) El Banco Mundial, la OIT y la Defensoría del Pueblo han venido trabajando estos sistemas de pilares como una fórmula que recomienda una reforma integral del sistema provisional. Un estudio de estas propuestas y su aplicación al sistema peruano se pueden apreciar en NEVES MUJICA, Javier, "Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria", en *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 829 y ss.

4.7. Intangibilidad de fondos

Finalmente, el artículo 12° de la Constitución de 1993[26] prevé la intangibilidad de las reservas y fondos de la seguridad social, recogiendo lo dispuesto en la Constitución de 1979[27].

4.8. Tratados internacionales

Por último, no podemos dejar de lado en la mención de las disposiciones de la Constitución lo previsto en la Cuarta Disposición Transitoria y Final, que importa la incorporación al esquema constitucional peruano de los tratados de derechos fundamentales aprobados por el Perú[28].

A nivel de disposiciones internacionales, todos los tratados sobre derechos fundamentales suelen reconocer al derecho de la seguridad social. Interesa destacar el Convenio N° 102 de la OIT, norma mínima de la seguridad social que ha sido aprobada por nuestro país. Este convenio recoge pocos principios (se desprende la solidaridad, universalidad, participación del Estado) pero su contenido resulta aplicable al Perú[29].

Al respecto, por ejemplo, la OIT ha observado la legislación laboral peruana por establecer que el requisito mínimo para acceder a una pensión es de 20 años mientras que el Convenio N° 102 indica 15 años.

---

(26) **Constitución Política del Perú**

"**Artículo 14°.-** Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley".

(27) ABANTO REVILLA, César, "La intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social", en VV.AA., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 438 y ss.

(28) **Constitución Política del Perú**

"**Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.-** 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".

(29) En este sentido, algunos han proclamado la necesidad de emitir un instrumento en la OIT que recoja los principios de la seguridad social. Sobre este tema, vide SUPIOT, Alain, "Esbozo de un acuerdo marco relativo a la extensión de la protección social", en *Relaciones Laborales,* N° 15-16, Agosto, 2006.

5. LA REFORMA PENSIONARIA

La mayor reforma en la seguridad social fue, que duda cabe, la supresión de la teoría de los derechos adquiridos. La reforma constitucional implementada por la Ley N° 28389, sirvió para variar la Constitución en el sentido que permita modificar el Decreto Ley N° 20530 y suprimir las excesivas situaciones de privilegio de este régimen, lo cual trajo como consecuencia una reducción y modulación de las pensiones de los jubilados del Decreto Ley N° 20530; a su vez, conjuntamente con la reforma constitucional, se emitió la Ley N° 28449 que introdujo las modificaciones al Decreto Ley N° 20530. Estas reformas fueron declaradas constitucionales por el TC en su célebre sentencia del 3 de de junio de 2005.

5.1. Ámbito subjetivo

Cabe efectuar dos precisiones sobre el ámbito subjetivo de aplicación de esta reforma constitucional. En primer lugar, solamente la reforma atañe al Decreto Ley N° 20530: la reforma previsional no pretendió modificar otros sistemas previsionales como el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990) o las AFP. La explicación es simple: la distorsión, el costo presupuestal, etc. que representaba el Decreto Ley N° 20530 era inmanejable y desproporcionado con relación a la realidad de nuestro país.

En segundo lugar, de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, solamente se afectó a las pensiones más altas (como lo ratificó la Ley N° 28449).

5.2. Razones de la reforma: supresión de derechos adquiridos

La reforma constitucional era necesaria pues la Constitución consagraba la teoría de los derechos adquiridos que permitía aferrarse a las pensiones y los privilegios. Esta reforma había sido reclamada por el propio Tribunal Constitucional –se había referido a un "ocio legislativo" por las ausencias de propuestas– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite reformas previsionales en tanto existan razones de interés social. En este caso, era clara la necesidad de introducir una reforma constitucional.

La reforma de este sistema pensionario era necesaria debido a los enormes costos que representaba el Decreto Ley N° 20530 (10% del pre-

supuesto público del año 2004 y su costo proyectado si no se implementaba la reforma superaba el total de la deuda externa peruana).

El costo que generaba la planilla estatal (trabajadores y pensiones) dentro del presupuesto 2004 era de 27,40%, de los cuales 10% comprendía el régimen del Decreto Ley N° 20530 con 295,331 pensionistas (de estos últimos, 215,000 percibían más de la pensión máxima que fija la ONP –aproximadamente US$ 250 mensuales–). Más todavía: el costo previsional de este régimen ascendía a US$ 24,415 millones, que equivalían al 40% del PBI (solamente entre los años 1997 y 2003 se habían transferido US$ 10,873 millones).

El régimen del Decreto Ley N° 20530 era no solamente costoso. Además, impedía que las entidades del Estado puedan incrementar remuneraciones al personal o incluir en planillas a altos funcionarios (por el incremento automático que originaría en las pensiones) y era inequitativo con otros regímenes previsionales (la pensión más alta era S/. 33,000 mensuales, y en el Sistema Nacional de Pensiones no llegaba a S/. 900; las hijas solteras tenían derecho a pensión –el 47% tenía más de 47 años–; se accedía desde los 12.5 años de trabajo sin importar la edad, etc.).

Entonces también era necesaria porque el sistema había permitido a ciertos pensionistas obtener hasta S/. 33,000 mensuales, suma que se actualizaba por la nivelación (el famoso efecto espejo) y se heredaba a las hijas solteras mayores de edad –que nunca se casaban– en forma vitalicia en 100% de la pensión. Estas pensiones, además, no fueron financiadas por los trabajadores porque el aporte había sido diminuto (6%) y los montos aportados fueron, realmente, diminutos; ello se refleja en la escalofriante cifra: hacia el año 2004, 98% del presupuesto del Decreto Ley N° 20530 era financiado por el Tesoro Público, es decir, por todos nosotros.

Todo el ahorro de esta reforma debiera servir para solventar las pensiones ínfimas que existen (6% de pensionistas del Decreto Ley N° 20530 percibían menos que la pensión mínima del Decreto Ley N° 19990, esto es, recibían menos de S/. 415 mensuales y hoy reciben la pensión mínima) y, en general, para todo el sistema previsional público, así como para sostener financieramente el régimen en los futuros años.

Necesaria por la inequidad del sistema: había pensionistas que percibían pensiones millonarias que nunca las financiaron y se actualizaban pero había otros que tenían pensiones ínfimas; pensionistas que con 10

años ya estaban en este sistema y con unos años más podían lograr la ansiada nivelación (efecto espejo) que actualizaba la pensión en función del incremento de las remuneraciones de los activos. Todas estas situaciones no se aprecian en otros sistemas de pensiones (AFP y ONP).

5.3. Contenido de la reforma constitucional y el Decreto Ley N° 20530

En apretada síntesis la reforma se dirigió exclusivamente a los casos de privilegio del Decreto Ley N° 20530, y que fueron ratificados por el TC.

a. Centralización en la administración de pensiones

En primer lugar, se propuso una centralización en la administración del sistema de pensiones que permitió al Estado administrar y gestionar de manera adecuada el Decreto Ley N° 20530 (habían más de 800 unidades de gestión del Estado que regulaban, fiscalizaban, otorgaban, etc. pensiones del Decreto Ley N° 20530): esta modificación fue necesaria, así lo ratificó el propio Tribunal Constitucional y es una expresión del principio de unidad de la seguridad social.

b. Teoría de los derechos cumplidos

En segundo lugar, la reforma incluyó en la Constitución la teoría de los hechos cumplidos que es un principio general del Derecho (y que para el Tribunal Constitucional se puede inferir que se desprende de la Constitución, pues lo aplica en sus sentencias), que está contenido en el Código Civil desde hace casi 20 años y que permite al Estado introducir reformas en las actuales pensiones doradas.

La propuesta importó sustituir el artículo 103° de la Constitución por el siguiente enunciado:

> "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Ciertamente, no estamos ante una disposición retroactiva pues no se devolvían las pensiones recibidas. En este caso, un principio general del Derecho peruano (aplicación de la norma a todos los sujetos, esto es, la teoría de los hechos cumplidos) ha sido regulado a nivel constitucional y este es el principal cambio realizado.

c. *Modificación de la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución*

Finalmente, la reforma constitucional dejó sin efecto la teoría de los derechos adquiridos de la actual Constitución, para cerrar definitivamente la "cédula viva", establecer topes para las pensiones doradas (el tope fue de 2 UIT mensual pero cuya aplicación fue progresiva), suprimir las nivelaciones (efecto espejo) y modular las pensiones de sobrevivientes (por ejemplo, de las hijas solteras). La idea es que todo sistema de pensiones tenga sostenibilidad financiera.

La reforma constitucional, ratificada por el TC, importó la sustitución del texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución por el siguiente:

> "**Artículo 3°.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú**
>
> Sustitúyase el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:
>
> 'Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:
>
> 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una unidad impositiva tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una unidad impositiva tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorícese a la entidad competente del Gobierno nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito"".

Estas reformas buscaron un sistema equitativo: solamente las modificaciones alcanzan a las pensiones doradas y las situaciones de extrema inequidad, de tal manera que se pueda consolidar un fondo de reserva y de pronto el incremento para las pensiones menores a la remuneración mínima vital). En esta línea, simplemente, se busca que el Decreto Ley N° 20530 tenga empapada los principios esenciales de la seguridad social: solidaridad y universalidad.

Seguidamente, reseñamos un cuadro que describe las diferentes situaciones de los pensionistas que esta reforma estableció.

Tipo de beneficiario del Decreto Ley Nº 20530	Tratamiento	¿Se aplica Tope?	¿Nivelación?	Revisión de Pensión Ilícita
Pensionistas (jubilados) y familiares.	Siguen en Decreto Ley Nº 20530.	Solo si percibe más del tope.	No será posible.	Sí, siempre que no haya prescrito ni sentencia a favor.
Trabajador activo que ya cumplió requisitos para pensión pero que aún no se jubila.	Sigue en Decreto Ley Nº 20530.	Solo si percibe más del tope.	No será posible.	Sí, siempre que no haya prescrito ni sentencia a favor.
Trabajador activo que no cumple requisitos para jubilarse.	Optará entre AFP y ONP (no Decreto Ley Nº 20530).	No aplicable.	No aplicable.	No aplicable.

La reforma constitucional de la cédula viva fue vital para la viabilidad del país, para que las reformas provisionales se puedan introducir. Y, en todo ello, la actividad y los criterios del TC fueron vitales para ratificar la validez de la reforma constitucional en materia provisional.

LINEAMIENTOS PARA AMPLIAR LA SEGURIDAD SOCIAL

Francisco JAVIER ROMERO MONTES

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. El enfoque equivocado. 3. La reforma inadecuada 4. La actitud del Estado. 5. Problemas inherentes al modelo del sistema. 6. La solución que proponemos. 7. La estrategia del financiamiento. 8. Seguridad del financiamiento. 9. La seguridad social en otros países.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La seguridad social es un sistema constituido por un conjunto de medidas, mecanismos o estrategias para prevenir las contingencias sociales, o afrontar la consecuencia de estas en el caso que sobrevengan. Esas contingencias a las que están expuestos los seres humanos son entre otras, la enfermedad, la maternidad, el accidente, las cargas de familia o simplemente el estado de pobreza.

La seguridad social es un medio de protección que el hombre ha creado, y que ha evolucionado desde un esfuerzo individual, como el ahorro de bienes, hasta las formas organizadas colectivamente. En 1880 el Canciller Bismarck creó la primera forma de protección social mediante el seguro social obligatorio que comprendía a toda la clase asalariada de Alemania.

El seguro social obligatorio tenía un financiamiento contributivo que consistía en un aporte que el empleador descontaba a sus trabajadores, de sus salarios, a los que se sumaba el aporte que también hacían los empleadores, y conjuntamente con el que correspondía al Estado se entregaba a la entidad que administraba el seguro social obligatorio y que servía para pagar las prestaciones de los trabajadores, víctimas de las contingencias sociales.

De esta manera se constituía un fondo de dinero colectivo y solidario, que servía para financiar los gastos que originaban los percances sociales y el pago de los gastos administrativos que conllevaba la administración del sistema.

Esta idea fue muy bien recibida por los Estados y comunidades nacionales, divulgándose rápidamente. Al parecer, a fines del siglo XIX, la clase trabajadora que había producido la Revolución industrial se vio protegida frente a las contingencias sociales. Tratadistas como Dupeyroux[1] sostienen que la primera causa de la idea de Bismarck es de orden racional, en la medida que las personas que obtienen su único ingreso por la prestación de su trabajo se encuentran en una posición de inseguridad, cuando ya no pueden trabajar debido a la enfermedad o a la vejez, etc.

Por otra parte, la clase obrera en el siglo XIX vive un gran estado de miseria, sin ninguna ley social; luego, existió una relación lógica entre la inseguridad de estos trabajadores y la necesidad de remediarla. En la actualidad, en los países subdesarrollados no son necesariamente los trabajadores la clase más pobre. De esta manera, las legislaciones sobre el seguro social obligatorio, se aplican a los asalariados no por razones económicas o sociales, sino porque es más fácil adaptar las reglas del seguro social obligatorio, al grupo de los asalariados.

Aquí está la esencia del problema. Los regímenes contributivos creados por Bismarck, que se aplicaron en los diferentes países europeos en el siglo XIX, no sirven como vías de solución en la actualidad. En donde impactan con más fuerza las necesidades de pobreza y las serias deficiencias económicas, no es la clase asalariada, sino la población que no tiene empleo o que tiene empleos informales. Esta población no está compren-

[1] DUPEYROUX, J.J., *Consideraciones sobre la seguridad social-Conferencias dictadas*, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, México D.F., pp. 19 y 20.

dida en el seguro social obligatorio, que predomina en América Latina y otros países subdesarrollados, justamente porque no pueden adecuarse al pago de la contribución.

En consecuencia, el seguro social de estos países no cumple con los retos y objetivos que los problemas requieren debido al inadecuado financiamiento, es por eso que en los países donde la seguridad social comprende, además de los asalariados, al resto de la población, el financiamiento ha dejado de ser exclusivamente contributivo para establecer un nuevo modelo de financiamiento, cuyos ingresos no vienen necesariamente del pago de aportes.

Por lo tanto, es necesario crear un nuevo modelo financiero que nos ayude a proteger a la población que realmente lo necesita. De lo contrario, el seguro social seguirá siendo inadecuado, fragmentario, insuficiente, y sobre todo dejará de cumplir su rol. En otras palabras, el remedio tiene que estar dirigido a curar los males, lo que no sucede en la actualidad, ya que el seguro social no es una solución a esos problemas. Demás está en seguir manipulando el sistema actual si sabemos de antemano que no nos conducirá al objeto que la población espera, que es tener seguridad social.

Decimos que el seguro social es inadecuado porque no cumple con sus fines de ser un medio de desarrollo de la comunidad. Un país con una población enferma, lejos de avanzar, retrocede. Es constante el reclamo de los asegurados respecto a sus prestaciones de salud y pensiones. Las primeras, cada día son menos integrales, lo que significa que no solucionan los problemas que se derivan del quebrantamiento de la salud. En otros casos, no son oportunas, en la medida que se otorgan tardíamente. Es por eso que la mayoría de asegurados enfermos no recurren al seguro social, sino que resuelven su problema de salud por su cuenta y riesgo, no obstante que el pago del aporte es obligatorio.

Por otra parte, el seguro social peruano es fragmentario porque solo cubre a los trabajadores asalariados, formalmente registrados, dejando de lado a los trabajadores informales. Igualmente debe señalarse que el seguro social solo protege a los trabajadores urbanos, dejando al margen a los asalariados del campo y demás población campesina.

Finalmente, el seguro social es insuficiente, en la medida que no es integral. Es decir, no satisface todas las exigencias. En tal sentido, el monto de las pensiones no alcanza a financiar las necesidades fundamentales

de los pensionistas, situación que los coloca en un estado de pobreza, a pesar de que cuando laboran se les grava la totalidad de su sueldo, para brindarles cuando se retiren una pensión con un tope máximo que resulta ridículo, si se tiene en cuenta que pagan sus aportes sobre la totalidad de sus sueldos.

2. EL ENFOQUE EQUIVOCADO

Como vimos en el punto anterior, el seguro social obligatorio implantado en Alemania por Bismarck se caracteriza por ser contributivo. Esto significa, que existían los aportes económicos que hacían los trabajadores, los empleadores y el Estado. De esta manera, se lograba crear un fondo colectivo de dinero solidario que se utilizaba para financiar las prestaciones cuando las contingencias previstas se presentaban.

Vimos también las afirmaciones del profesor francés Dupeyroux, quien sostiene que cuando surgieron las leyes del seguro social en Alemania, la clase asalariada era la más pobre, existiendo una relación lógica entre la inseguridad de esta clase y la necesidad de remediarla. En los países subdesarrollados actuales, los asalariados no son necesariamente la clase más pobre, de manera que estas legislaciones se aplican a los asalariados no por razones enteramente económicas o sociales, sino porque es más fácil adaptar las técnicas de la responsabilidad y de los seguros al grupo de los asalariados. Esa es la razón para que en la actualidad, muchos asegurados no acudan a los servicios de la seguridad social, sino que opten por otros sistemas de carácter privado que muy bien pueden abonarlos, a pesar de ser asegurados del sistema del seguro social obligatorio.

A esto hay que añadir que los trabajadores a los que se les aplica el sistema contributivo, son fundamentalmente del ámbito urbano, dejando de lado a los trabajadores del campo, a los desempleados, a los informales y a los independientes.

Estas son las razones para que la cobertura sea minoritaria e injusta. Minoritaria, porque la cobertura a nivel latinoamericano ni siquiera cubre la totalidad de la PEA. Así, por ejemplo, en países como Argentina, Chile y Uruguay, que tienen la más alta cobertura, solo se alcanza a cubrir el 80% de la PEA. En países como México, el 38%; en Colombia, el 35% y en el Perú, escasamente el 30%. En otros países como Bolivia, el 12%, y en El Salvador, el 23%. Esto equivale a un porcentaje que oscila entre el

20% y el 30% de la población total. Estos porcentajes pueden ser menores cuando se habla de una cobertura real y no meramente legal(2).

Pero la protección no solamente es minoritaria, sino injusta, porque el grueso de la población no protegida de alguna manera hace posible la existencia del seguro social, al cual contradictoriamente no tiene acceso por no tener calidad de trabajadores asalariados. Esta información está basada en la constatación de que los puestos de trabajo existen en la medida en que la población consume productos y servicios producidos por los asalariados.

Se aprecia pues claramente que la actual seguridad social en la mayoría de países latinoamericanos es de tipo eminentemente laboral, es decir, está dirigida a brindar protección a los asalariados. Es por eso que esta materia, en muchos países, se sigue estudiando como un apéndice del Derecho del trabajo, sin tener en cuenta que para otros países que se alejaron del modelo contributivo, la seguridad social es un tema que concierne a la totalidad de la población. En esa medida la seguridad social es una disciplina que ha adquirido autonomía y difiere mucho del modelo tradicional que implantó el Canciller Bismarck.

Hoy lo que las comunidades tratan de implantar es una seguridad social para todos y por lo tanto sus esfuerzos se encaminan hacia eso. Esta tarea tiene un carácter político y corresponde al Estado encauzarla. El financiamiento, no cabe duda, vendrá del pueblo. La medida política consiste en encontrar el camino para lograr tal propósito, pero con resultados inmediatos en beneficio de la población. Ese es el enfoque correcto de una reforma de la seguridad social. El pleito o la lucha, por ver quiénes se benefician con los aportes de los asalariados, es un asunto del pasado que en nada contribuye al establecimiento de una seguridad social encaminada a los que más necesitan. De manera que la reforma de la seguridad social debe ser enfocada con ese criterio. Ese es el camino que han seguido los países que han hecho de su sistema un medio de desarrollo.

3. LA REFORMA INADECUADA

Cuando nos percatamos que el seguro social obligatorio que creó Bismarck era insuficiente, se habló de una reforma de la seguridad social

(2) Panorama OIT 2006.

que se inicia en Chile, pero partiendo de un enfoque equivocado al que hemos hecho referencia, acompañado de un propósito por darle a las contribuciones del seguro social un fin distinto a los de la seguridad social. El error en el enfoque no tuvo en cuenta la dimensión del problema y se insistió en un modelo congelado que no solucionaba el problema central, que era a los más necesitados.

La reforma destruyó la solidaridad; cada quien debía resolver sus problemas de insuficiencia, que originaban los riesgos sociales, que son propios no solo de los trabajadores sino de los que no cuentan con un puesto de trabajo. Como lo dice el dicho popular, "cada quien debe bailar con su propio pañuelo". Quien tuvo más suerte en la vida no tiene por qué apoyar a los desfavorecidos. Es decir, en nombre de la seguridad social se proclama la antítesis contra la misma, lo que significa poner el mundo al revés.

En adelante no existirá el pacto generacional, mediante el cual los trabajadores activos financien con el pago de sus aportes las prestaciones de los trabajadores que ya no pueden laborar. Con semejante procedimiento se desfinanció los sistemas de seguro social, y el Estado tuvo que congelar la cuantía de las prestaciones, en perjuicio de sus usuarios, quienes perciben pensiones y prestaciones de salud totalmente insuficientes e injustas, en la medida que los descuentos que se les hace a los trabajadores por concepto de cotizaciones comprende la totalidad de los sueldos, pero ese criterio desaparece al momento de calcular la prestación que es arbitrariamente diminuta, con lo cual se ha roto la reciprocidad que debe existir entre el sueldo sobre el cual se calcula la contribución y el monto de la pensión.

Está claro que la "supuesta reforma de la seguridad social" no estaba encaminada a resolver el problema de los necesitados sino por el contrario, a captar el dinero de las contribuciones para destinarlos a fines distintos a los de las prestaciones, propósitos estimulados por entidades como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Es por eso que las AFP, en la actualidad, se jactan de las cantidades de dinero que captan de los aportes de los trabajadores, pero no pueden decir lo mismo de las pensiones que otorgan. El régimen privado de pensiones no ha sido capaz de establecer una pensión mínima, recurriendo al Estado para que lo subsidie con el dinero de todos los peruanos.

Demás está decir que en materia de pensiones, millones de peruanos no tienen ningún respaldo en su vejez. Lo contradictorio está en que a

pesar de haberse incrementado la población, la cobertura de los sistemas de pensiones disminuyó con las políticas neoliberales de los años noventa. Tal como sostiene Pedro Franke en su artículo publicado el 28 de enero del presente año en el diario *La República*, el porcentaje de afiliados al sistema de pensiones se ha reducido de un 40% de la PEA en 1991 a menos del 20% de aportantes en la actualidad.

Esta reducción se debe a varias circunstancias, dentro de las cuales podemos citar: el impacto que produjo la privatización de las pensiones que hizo perder la confianza en la seguridad social. El trabajador se sintió desprotegido. Su desesperación le hizo ver que el sistema solidario de pensiones había colapsado por mandato de la ley de privatización.

El alto costo del nuevo sistema, la falta de garantía real del Estado, la carencia de información a los asegurados, sin ninguna injerencia en la decisión de las inversiones que se hacen con el dinero de los aportes; y la ausencia total de la solidaridad que fue remplazada por la individualidad, persuadió a los trabajadores de que la evasión del sistema era la medida más conveniente. A eso hay que añadir que esta reforma inadecuada encareció la seguridad social, al haberse implantado sin cálculo actuarial alguno, lo que origina una obligatoriedad que priva a los trabajadores del consumo presente de sus necesidades fundamentales.

Esto dio lugar a que en forma arbitraria se fijara las tasas de aportación, añadiéndose un nuevo concepto que son las comisiones que se calculan sobre la totalidad de los sueldos de los asegurados, no obstante que las Administradoras de Fondos de Pensiones solo administran el monto de los aportes. Esto ha permitido ingentes cantidades de dinero, en beneficio de las citadas administradoras, que les brinda la posibilidad de gastar cuantiosas cantidades en propaganda, al margen del poder económico y político de las mismas, que últimamente han logrado que la pensión mínima de los afiliados sea financiada con dinero del tesoro público al que contribuyen todos los peruanos, ya sean o no asegurados.

Esta situación no se produce en el Sistema Nacional de Pensiones, toda vez que la ONP solo toma para el gasto administrativo un porcentaje del monto del aporte, sin recurrir a cobrar una comisión sobre la totalidad del sueldo, como lo hace el Sistema Privado de Pensiones. El siguiente ejemplo nos ayudará a comprender mejor esta diferenciación: si un trabajador tiene un sueldo de cien soles, la ONP tiene derecho a descontar el 13% como aporte, lo que equivale a trece soles. De esta cantidad, la ONP puede tomar hasta un 10% para gasto de administración, el mismo que

ascenderá a un sol con treinta centavos. En cambio, la AFP cobra como gasto administrativo, bajo el nombre de comisión, hasta un 3% de la totalidad del sueldo, que equivaldría a tres soles, esto es, más del 100% de lo que cobra la ONP.

4. LA ACTITUD DEL ESTADO

Esta desprotección, que en el fondo implica ruptura de valores que sí imperan en otros países, fue agravada por la informalidad que genera el Gobierno a partir del año 1990 en lo que respecta a la seguridad social. En efecto, al dictarse el Decreto Legislativo N° 728 para llevar a cabo las reformas laborales, se dispuso que existieran los convenios de formación laboral juvenil, así como la labor en prácticas preprofesionales y el contrato de aprendizaje, cuyos beneficiarios fueron excluidos de ser asegurados obligatorios. Lo mismo ocurrió con los servicios no personales en el sector público. A esto hay que añadir los despidos masivos de trabajadores asegurados cotizantes y su reemplazo por servidores no asegurados y por lo tanto no contribuyentes al seguro social. Como lo señalamos, esa es una causa de la disminución de la población cotizante del año 1980 a la actualidad.

Además, se produjo un congelamiento del sueldo mínimo vital, que constituye la remuneración mínima asegurable lo que impide que el monto de los aportes se incremente.

También debe señalarse el incumplimiento, por parte del Estado en su calidad de empleador, del pago de aportaciones cuyos adeudos se han convertido en algo indeterminable.

También es bueno recordar la condonación de adeudos a empleadores y trabajadores, respecto a las aportaciones de la seguridad social, actitud a la que recurrieron algunos Gobiernos, o en otros casos, disponiendo amnistiar a estos deudores.

Formulada la reforma, sobre todo en el ámbito de las pensiones, el Estado hizo todo lo posible por implementar el Sistema Privado de Pensiones y la política de los gobiernos, desde el año 1990 ha sido la de beneficiar a ese sistema dictando disposiciones y aplicando medidas con el fin de destruir el sistema de seguro social.

En otras palabras, tanto el Estado como el Sistema Privado de Pensiones, identificaron sus propósitos por llevar el producto de los aportes al

ámbito de los negocios privados, no obstante que eran conscientes de la destrucción del seguro social. Desde entonces los asegurados han visto con desconfianza el aspecto previsional.

A eso, hay que agregar el alto costo del sistema privado, que supone que los aportantes tienen a este sistema como un medio coercitivo que obliga a sacrificar a los trabajadores sus necesidades presentes por un ahorro obligatorio que sobrepasa sus posibilidades económicas.

5. PROBLEMAS INHERENTES AL MODELO DEL SISTEMA

La formalidad, para ser aportante al seguro social pasa por estar registrado en el libro de planillas, en este aparecen solo los que están ligados por una relación laboral al respectivo empleador. El incumplimiento a esta formalidad se manifiesta en determinadas formas, tales como:

a. La informalidad absoluta

La informalidad absoluta se da cuando el empleador omite llevar el libro de planillas simplemente porque desea ser informal, con lo cual deja de pagar sus aportaciones para las prestaciones de salud. No son pocos los empleadores que descuentan al trabajador le descuentan su aporte para las pensiones, pero como es informal, se apropian indebidamente de las mismas. En otros casos, trabajadores y empleadores acuerdan no aportar ni para las prestaciones de salud, ni para las pensiones, contraviniendo de esta manera al carácter obligatorio que tienen los aportes.

b. La simulación en la prestación de servicios

Esta es otra forma frecuente de informalidad. Consiste en aparentar que la prestación de servicios no conlleva subordinación o dependencia, sino que se trata de una relación regulada, no por el Derecho de trabajo, sino por el Derecho civil. Tal sucede por ejemplo, cuando se le exige al trabajador que presente una factura, que puede servir para reflejar una locación de servicios o una locación de obra, a pesar de existir oculta una relación laboral. Lo mismo sucede en el sector público en el caso de los servicios no personales, los cuales tratan de hacer ver que los servicios que se prestan no son personalísimos y por lo tanto quedan liberados de las contribuciones al seguro social.

Resulta entonces frecuente que los empresarios, por liberarse del pago de aportaciones, busquen formas de contratación diferentes al contrato de trabajo.

c. La informalidad relativa

En este caso los empleadores sí cuentan con el libro de planillas, pero no todos los trabajadores están registrados. También es frecuente registrar a los trabajadores con remuneraciones inferiores a las que realmente perciben, apareciendo solo con la remuneración mínima legal que a la vez es el mínimo asegurable.

d. La evasión del pago de aportes

En los casos de informalidad antes referidos, lo que se busca es evadir el pago de aportes, simplemente porque los trabajadores desconfían de la eficacia del sistema. A esto hay que añadir el alto costo de los aportes y de sus gastos administrativos, los que fueron fijados sin ningún cálculo actuarial.

Esto es lo que se llama en la seguridad social ir contra el principio de universalidad, que es importante en el financiamiento de las prestaciones, en la medida que es vital para mejorar la calidad de la prestación y para que el costo, por cada asegurado, sea menor.

e. La falta de control y fiscalización de los fondos

Los sistemas de pensiones y también los de salud dan lugar a la formación de fondos de reserva que es necesario invertir. El fondo de reserva es un ahorro que hace un sistema de seguridad social, después de financiar las prestaciones y los gastos administrativos, y están destinados a eventualidades no previstas.

Este es uno de los puntos débiles del sistema. Las inversiones de estos recursos no han sido debidamente invertidas, ni su rendimiento ha sido fiscalizado adecuadamente. En efecto, cuando se invirtió este dinero no se tuvo en cuenta la seguridad del valor real de las inversiones, ni se buscó la mayor rentabilidad posible. Tampoco se garantizó el equilibrio financiero de los sistemas.

En muchos casos estas reservas fueron tomadas por el propio Estado, sin control alguno, originando cuantiosas deudas, cuyos montos en la actualidad resultan difíciles de determinar. En otros casos, estos fondos de reserva fueron objeto de la corrupción por parte de la actividad privada. En conclusión, mediante estas formas el dinero fue destinado a fines distintos a los de su creación, con el consiguiente perjuicio para los asegurados, sobre todo en el campo de las pensiones.

f. Obstaculiza el crecimiento del trabajo dependiente

El financiamiento de la seguridad social mediante el aporte bipartito o tripartito, para los empleadores, encarece el costo de la mano de obra. Consecuentemente, consideran que el seguro social penaliza el empleo del factor trabajo deprimiendo así su demanda, tratando de reemplazarlo por el trabajo robotizado. Esto impulsa el desempleo desde un punto de vista social, y hace que se produzca una mayor inversión en tecnología.

De esta manera, el sistema contributivo imperante desmotiva al empleador a crear puestos de trabajo, por considerar que en la medida que cuente con más trabajadores, mayor será la carga que tenga que soportar. Por eso se dice que el empleo formal tiene un sobrecosto laboral. En otras palabras, la creación de un puesto de trabajo viene con un gravamen impuesto por la ley(3).

g. Complejidad administrativa

La complejidad administrativa de este sistema le impide afrontar los problemas relativos al registro de los empleadores y de los asegurados, recaudación de aportaciones, cobranzas de las mismas, determinación de los derechos, inversión de sus reservas y el control de su rentabilidad, todo lo cual hace posible el mal manejo y la ineficacia de las prestaciones.

6. LA SOLUCIÓN QUE PROPONEMOS

Analizadas las circunstancias anteriores, vemos que la forma de financiamiento del que depende el sistema contributivo no funciona. No

(3) RASO DELGUE, Juan, "Financiamiento de la seguridad social", en AA.VV., *La seguridad social en el Uruguay*, 2º ed., Montevideo, 1991, pp. 20 y 119.

puede haber una seguridad social basada en el trabajo asalariado formalmente. Los empleadores consideran que encarece la mano de obra, razón por la cual no crean puestos de trabajo. En el Perú está vigente el Decreto Legislativo N° 728, por el que se pretendió fomentar el empleo en la década de los noventa, pero con resultados negativos en dicho ámbito. De la misma manera se aprecia que la demanda de mano de obra no crece; por el contrario, se ha reducido debido a que los empresarios han sustituido tal demanda con tecnología que implica reducir la cantidad de trabajadores.

En consecuencia, sobre las remuneraciones no puede recaer el peso de las contribuciones de la seguridad social, que en el caso del Perú llega a un 25% del salario. Por lo tanto, se debe cambiar el financiamiento del actual modelo, para que nos permita cumplir los siguientes objetivos:

- Protección de la totalidad de la población.
- Que redistribuya mejor la riqueza.
- Que cuente con la seguridad de su financiamiento.
- Que reconozca la seguridad social como factor de desarrollo.
- Que establezca niveles de protección.

7. LA ESTRATEGIA DEL FINANCIAMIENTO

Los recursos financieros que tiene un Estado se originan en la capacidad económica de sus habitantes. De manera que cuando la población cuente con recursos, el Estado será rico. Por el contrario, de no ser esta la situación el Estado será pobre. Consecuentemente, un Estado es el ente que determina qué es lo que grava y en qué se gasta el producto de los tributos.

Por lo general, los Estados suelen gravar directamente los resultados de la rentabilidad de la gente, tal es el caso del impuesto a la renta, que permite establecer el tributo en forma proporcional de acuerdo con la renta que obtiene el contribuyente. En este caso queda obligada la población con mayor capacidad contributiva. Pero también se da el caso del impuesto indirecto que recae sobre el consumo que hace la persona, que en el caso de Perú se denomina Impuesto General a las Ventas (IGV) y en otros países se denomina Impuesto al Valor Agregado (IVA).

La forma de financiamiento del sistema no contribuye a una correcta redistribución de la riqueza. Si bien las aportaciones se determinan sobre la base de los montos remunerativos de los trabajadores, estas no se redistribuyen como renta nacional. Las contribuciones significan un valor agregado que tienen que pagar los consumidores del producto o servicio que produce el trabajador. Es decir, el sistema no logra desplazar riqueza de los grupos con mayor capacidad contributiva, a las clases más necesitadas.

El tema de la redistribución de riqueza, a través de la seguridad social, implica el cambio de la forma de financiamiento contributivo. En este aspecto, encontramos experiencias vigentes de aquellos países que, abandonando el sistema bismarckiano, han evolucionado hacia modelos que les ha permitido ampliar la cobertura. En tal sentido, como afirma Américo Plá, la seguridad social contemporánea apunta a que la protección sea costeada por la economía de la totalidad de los habitantes de un país.

No cabe duda, que en el nuevo sistema la estrategia tiene que ser distinta a la utilizada por el sistema contributivo. El Estado se debe convertir en el factor fundamental, puesto que la protección social es uno de sus roles principales. En el nuevo modelo, tal como se ha hecho en otros países, la población vuelca sus recursos hacia el Estado, para que este, a su vez, utilizando a los entes administrativos de la seguridad social, devuelva tales ingresos en prestaciones, a la comunidad.

De esa manera, la seguridad social se transforma en un adecuado mecanismo de distribución de la renta nacional. Algunos países desarrollados dedican a tales fines hasta un 30% de su producto bruto interno.

La utilización de esta vía es más adecuada que la que se emplea en el modelo clásico de la seguridad social, pero puede ser contraproducente, si no se adoptan criterios idóneos para la captación de los recursos de la población, por parte del Estado. Tradicionalmente, los mecanismos tributarios que utilizan los Estados, para captar los ingresos de los contribuyentes, han consistido en gravar el consumo o la renta, es decir, la creación de impuestos que añaden al valor de los productos y que indirectamente lo abona la población al momento de adquirir los bienes. La otra forma, es el impuesto que directamente grava de manera proporcional, la renta de las personas.

Cabe entonces preguntarse, ¿cuál de las dos formas impositivas resultaría más conveniente para el cumplimiento de los fines de la seguridad

social? Es claro que la financiación de estas, a través de un impuesto al consumo, podría resultar contraproducente por su efecto regresivo. En efecto, para el que tiene menos recursos implica un freno al consumo indispensable para poder subsistir. Por otra parte, para clases menos pudientes significa volcar a las arcas del tesoro público, una mayor porción de sus ingresos, restándoles la posibilidad de un ahorro.

En cambio, para los que cuentan con una mayor potencialidad económica, el impuesto al consumo será menos significativo y con posibilidades de una mayor capacidad de ahorro(4).

Distinto es el efecto de un sistema impositivo a la renta de una persona. En este caso, lo que se grava es la riqueza, en forma proporcional y progresiva. De manera que el que más tiene, será el que más impuesto abone. Consiguientemente, aquí si se produce un desplazamiento de recursos económicos, de los que tienen un mayor potencial, en beneficio de los que no cuentan con riqueza. Es decir, se experimenta una efectiva distribución vertical.

No cabe duda que esta es la forma más viable para el establecimiento de un sistema de seguridad social más amplio, que puede permitir la transformación de la imposición al que más pueda, en prestaciones para el que más lo necesite(5).

Nosotros consideramos que se debe encontrar una combinación de ambas formas para lograr un adecuado financiamiento.

8. SEGURIDAD DEL FINANCIAMIENTO

Cuando se trata de distribuir los recursos económicos públicos, mediante la respectiva asignación presupuestal, los Gobiernos han mostrado una tendencia a posponer los gastos destinados a rubros que tengan que ver con aspectos sociales, tales como educación, salud, seguridad social, vivienda etc., priorizando aquellas actividades que pueden expresarse mejor en resultados políticos, tales como obras públicas.

---

(4) Para una mayor información sobre el tema, vide MARTEGANI, Pianola, "Nuevas estrategias para el estudio de la seguridad social", en *Revista Claeh*, N° 26, Montevideo, 1983, p. 21.

(5) RASO DELGUE, Juan, "Financiamiento de la seguridad social", en *La seguridad social en el Uruguay*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 128.

Frente a esta eventualidad, si bien el nuevo modelo de seguridad social, debe ser financiado con ingresos suficientes para el logro de tal propósito, debe precisarse la fuente de financiamiento, y su recaudación debe permitir que los recursos ingresen directamente a la entidad encargada de su administración. En otras palabras, las fuentes de financiamiento deben ser intangibles. De esta manera, se logrará una seguridad económica de sus recursos que garanticen el otorgamiento de prestaciones adecuadas, que fundamentalmente sean preventivas. Los organismos internacionales que se preocupan, sobre todo de la salud, han expresado que el mejor camino para los países pobres consiste en la prevención, cuyo costo es menos oneroso que la medicina curativa.

9. LA SEGURIDAD SOCIAL EN OTROS PAÍSES

En América Latina los países se quedaron congelados en el modelo contributivo solo de los trabajadores asalariados. En tanto que en los países de la Europa Occidental se han dado avances importantes para universalizar la seguridad social. Así, por ejemplo, en España el financiamiento descansa sobre tres niveles:

El primero, es de naturaleza contributiva recogido del modelo bismarckiano y financiado principalmente con las cuotas sociales.

El segundo nivel es de naturaleza no contributiva, que financia los complementos de mínimos para aquellos beneficiarios de pensiones contributivas, cuyas rentas no alcancen determinados mínimos vitales; pensiones no contributivas para personas que, al cumplir ciertos requisitos, no se encuentren dentro del campo de actuación de ningún régimen contributivo de seguridad social. Igualmente, están en este nivel las prestaciones en especie para determinados colectivos tales como residencias de tercera edad, minusválidos, programas de integración social, todos los cuales se financian con impuestos(6).

Finalmente, el tercer nivel tiene que ver con la asistencia sanitaria a cargo del Sistema Nacional de Salud que se financia con dotación presupuestaria derivada de impuestos. De esta manera, la totalidad de la pobla-

(6) PÉREZ GÓMEZ, José María, "Las fuentes de financiación del sistema de seguridad social español", en *Reflexiones sobre la financiación de la seguridad social*, Nº 5, Universidad Autónoma de Estado de Morelos, México, 2006, pp. 1 y ss.

ción española se encuentra protegida contra los riesgos sociales que pueden acechar a una persona.

En los países de la Unión Europea, las pensiones son de carácter universal, es decir, la población en general, mayor de 65 años, percibe una pensión. En lo que respecta a la estructura de los sistemas, conviven unas pensiones de carácter universal no sujetas a cotizaciones y un sistema de seguros sociales condicionados a determinados periodos de cotización, según los tipos y los niveles salariales. También existen seguros complementarios al sistema público, de tipo voluntario, gestionados por entidades privadas o por las propias empresas(7).

(7) MORENO ÁLVAREZ, Gloria, "La financiación del Estado del bienestar europeo: el sistema de pensiones", en *Reflexiones sobre la financiación de la seguridad social*, Nº 5, Universidad Autónoma de Estado de Morelos, México, 2006, pp. 75-85.

EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ: DE LA REFORMA Y LA DESAFILIACIÓN A UN SISTEMA ÚNICO COMPLEMENTARIO

César Abanto Revilla

SUMARIO: 1. Anotaciones introductorias. 2. El sistema de pensiones en el Perú. 3. La crisis del Sistema Nacional de Pensiones. 4. La reforma constitucional del Decreto Ley Nº 20530. 5. El Sistema Privado de Pensiones y la libre desafiliación. 6. Hacia un Sistema Único Complementario de Pensiones.

1. ANOTACIONES INTRODUCTORIAS

La seguridad social es un mecanismo de protección del ser humano ante las contingencias que se producen durante su vida y que generan una disminución en su capacidad laboral (accidentes, enfermedades, vejez, etc.), que tiene por finalidad elevar o –cuando menos mantener– su nivel económico social a partir de la redistribución de la renta.

Para cumplir tal objetivo se manifiesta generalmente a través de dos prestaciones: salud (atenciones médicas y/o prestaciones económicas –subsidios– que cubren las contingencias físicas o mentales transitorias de los asegurados, pensionistas y sus familiares) y pensiones (pago de una suma

de dinero periódica que se otorgará luego del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley, que varían de acuerdo al tipo de pensión: jubilación, cesantía, invalidez, sobrevivientes, etc.).

En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de las pensiones, por lo cual resulta necesario recordar que para el Estado la seguridad social es una política[1], y como tal dependerá de la tendencia del gobierno de cada país (en determinado momento histórico) establecer el modelo de la seguridad social en pensiones que se aplicará en determinado momento histórico.

En el Perú existe en la actualidad un sistema de pensiones en el que coexisten un régimen público y uno privado, el mismo que tiene como base legal el artículo 11°[2] de la Constitución Política de 1993 (cabe recordar que en el cuarto párrafo del artículo 14° de la Constitución Política de 1979 se preveía la participación del sector privado en las pensiones, siempre que las prestaciones que se otorgasen fueran mejores o adicionales, y que existiera consentimiento del asegurado).

El régimen público de pensiones peruano (cuyo origen se remonta a inicios del siglo XIX) se encuentra en un estado de crisis crónica que data de la década de los setenta y alcanzó su punto crítico a fines de los noventa, producto de una administración deficiente –por decir lo menos– de su principal órgano de gestión (Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS), la utilización para fines ajenos a lo pensionario de sus fondos y la creciente morosidad de los empleadores (encabezados por el Estado) en el pago de las aportaciones correspondientes; a ello, se sumó la pérdida del valor real de las cotizaciones efectuadas por los asegurados (principalmente del Decreto Ley N° 19990) como consecuencia de la hiperinflación de los ochenta y los cambios sucesivos de moneda, lo cual ha originado montos diminutos de pensiones y –con ello– el malestar social.

---

(1) Como señala Carlos Martí Buffil, cuando alguien se refiere a la seguridad social generalmente lo hace desde un ángulo concreto: para el hombre común es un derecho, para la ciencia jurídica una disciplina, para la administración un servicio público, para la filosofía es expresión de justicia, etc. (citado por FAJARDO CRIBILLERO, Martín, *Teoría general de seguridad social*, Ediciones Luis Alfredo, Lima, p. 19).

(2) "**Artículo 11°.-** El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento [...]".

En dicho escenario analizaremos los factores principales que ocasionaron la crisis y el fracaso de los regímenes de pensiones administrados por el Estado, así como los cambios estructurales que –consideramos– se deberían efectuar, con el fin de detener el colapso del Tesoro Público, planteando –a partir de tal reforma– un panorama del futuro de la seguridad social en pensiones en el Perú.

2. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

2.1. Los regímenes administrados por el Estado

Estos regímenes están conformados por el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), cuya norma principal es el Decreto Ley N° 19990; el Decreto Ley N° 20530 (régimen de los servidores y funcionarios públicos; y la Caja de Pensiones Militar Policial, que está regulada por el Decreto Ley N° 19846[3].

El SNP es administrado por la Oficina de Normalización Previsional-ONP[4], y si bien tiene al Decreto Ley N° 19990 como norma principal, también formarán parte del mismo los denominados regímenes especiales (como el de los trabajadores mineros, de construcción civil, los aviadores comerciales, las amas de casa, etc.). Este régimen, que cuenta actualmente con más de 400 mil pensionistas, tiene en su ámbito subjetivo tanto a trabajadores dependientes (estatales y particulares) como a independientes (los denominados asegurados facultativos).

El régimen del Decreto Ley N° 20530 fue cerrado el 18 de noviembre de 2004, al entrar en vigencia la reforma constitucional aprobada por Ley N° 28389, luego de verificarse que representaba un gasto anual cercano a los S/. 4,500 millones de nuevos soles, derivado de la existencia de cerca de 300 mil pensionistas que –en no pocos casos– habían ingresado indebidamente al régimen, permitiendo así la existencia de beneficiarios

(3) Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de octubre del 2003) los servidores diplomáticos contaban con un régimen especial de pensiones establecido por el Decreto Legislativo N° 894 y las normas que lo antecedieron (Decretos Leyes N°s 26117 y 22150), el mismo que ha quedado derogado para los nuevos servidores.

(4) Entidad pública descentralizada del sector economía creada por el artículo 7° del Decreto Ley N° 25967, modificado por Ley N° 26323, para reemplazar al ex IPSS.

con pensiones por encima de S/. 15,000 nuevos soles, a causa de la aplicación irregular de un sistema de reajuste llamado nivelación.

Finalmente, el régimen de la Caja de Pensiones Militar Policial cuenta con más de 11,000 pensionistas, cuyo fondo se ha visto afectado seriamente por la utilización indebida de sus recursos por funcionarios vinculados a Vladimiro Montesinos[5], así como a un modelo que contempla beneficios sin sustento técnico-financiero[6].

Como veremos en los puntos siguientes, estos regímenes pensionarios están en un punto crítico que hace inviable su sostenimiento financiero futuro, por lo que resulta indispensable proceder a su reestructuración a corto plazo, con el fin de garantizar una pensión digna a sus beneficiarios sin que ello implique la afectación del Tesoro Público y –con ello– de los recursos estatales.

2.2. El Sistema Privado de Pensiones (AFP)

Si bien el Decreto Legislativo N° 724, publicado el 11 de noviembre de 1991, dispuso la creación originaria del Sistema Privado de Pensiones (SPP), es recién bajo las pautas del Decreto Ley N° 25897, publicado el 6 de diciembre de 1992[7], que las AFP asumirían las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia de los trabajadores estatales y particulares (dependientes e independientes) que se afilien a este sistema.

El SPP, a diferencia del SNP (sistema de reparto con prima escalonada), funciona bajo la modalidad capitalización en cuentas individuales, en las cuales se deposita el aporte mensual del trabajador[8], la rentabilidad de

---

(5) La Comisión Investigadora de los Actos de Corrupción cometidos en los años 1990-2000 del Congreso de la República (presidida por el congresista Ernesto Herrera) concluyó que la CPMP se encontraba técnicamente en quiebra por el uso indebido de los recursos por parte de la cúpula vinculada a Vladimiro Montesinos, que provocó un déficit en la reserva técnica ascendente a U$ 2,441 millones de dólares americanos.

(6) Conocidos como beneficios extraordinarios: ascensos póstumos, promoción a tres grados superiores por fallecimiento o invalidez en acción meritoria, pensión de cesantía definitiva nivelable por retiro bajo causal de renovación de cuadros, etc.

(7) Actualmente el Decreto Supremo N° 054-97-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP), del 14 de mayo de 1997.

(8) Desde el 1 de enero de 2006 asciende al 10%. A dicho porcentaje se deberá agregar la comisión de la AFP y el costo de la prima de seguro (ambos conceptos aproximadamente equivalente de 2 a 2.5%, adicional al aporte).

las inversiones efectuadas por la AFP, y el bono de reconocimiento por las cotizaciones previas al SNP.

En la actualidad existen cinco AFP (Horizonte, Integra, Profuturo, Unión Vida y Prima) que cuentan con más de 3 millones y medio de afiliados, y un fondo de pensiones que supera los 35 mil millones de nuevos soles; sin embargo, desde su creación han sido cuestionadas a nivel nacional(9) e internacional(10), al punto que este año fue publicada la Ley N° 28991, sobre libre desafiliación del SPP. Es importante precisar que el SPP es supervisado por el Estado a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP-SBS, a partir del 25 de julio de 2000, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 27328(11).

3. LA CRISIS DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

3.1. Antecedentes: el origen de la crisis(12)

El 24 de abril de 1973 es promulgado el Decreto Ley N° 19990, norma por la cual se crea el SNP con el fin de unificar y sustituir los regímenes previsionales –entonces separados– de los obreros y los empleados.

Este régimen estuvo a cargo del Seguro Social del Perú (creado por la Ley N° 20212 del 6 de noviembre de 1973), institución descentralizada del sector trabajo que existió hasta el 28 de diciembre de 1987, fecha en la cual se creó al IPSS, por Ley N° 24786, como una institución con autonomía administrativa y financiera.

---

(9) Sobre el particular recomendamos revisar, como crítica originaria NEVES MUJICA, Javier, "Sistema Nacional y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica", en *Themis*, N° 25, Lima, 1993, pp. 7-10.

(10) En un informe de mayo del 2004 (*La promesa de seguridad de los ingresos en la vejez en América Latina*), el Banco Mundial concluye que la cobertura de las pensiones privadas continúa siendo baja en la región a pesar que los costos de la reforma han sido más altos de lo previsto. Para revisar la versión en inglés, ingresar a: www.bancomundial.org.

(11) Mediante esta ley, la SBS reemplazó en sus funciones a la extinta Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones - SAFP (ente supervisor originario).

(12) Del estado crítico del SNP previo a la creación del SPP se da cuenta de manera detallada en APARICIO VALDEZ, Luis, "La reforma de la seguridad social en el Perú", en *Derecho & Sociedad*, N° 11, Lima, 1996, pp. 124-132.

El IPSS –al igual que su antecesor– se encargaba de brindar las prestaciones de salud y pensiones, administrando considerables recursos que en oportunidades fueron utilizados como "caja chica" por el gobierno de turno, lo que, sumado a su excesiva burocracia[13], originó que fuera una de las entidades más deficientes de los años ochenta, razón por la cual se dispuso escindirla en dos organismos, cada uno de los cuales habría de asumir unas de las prestaciones mencionadas: el IPSS[14], que se encargaría de las prestaciones de salud; y la ONP, a cargo de las pensiones del SNP a partir del 1 de enero de 1994[15].

El régimen se basa en un sistema de reparto con prima escalonada en el que la totalidad de los aportes de cada uno de sus asegurados se destinan a un fondo común del cual se deberían obtener los recursos para atender el pago de las pensiones de los beneficiarios; sin embargo, en la medida que estos fondos se utilizaron con fines ajenos a lo previsional por los gobiernos de turno, y aunado ello a la pérdida de valor de las cotizaciones por la hiperinflación de la década de los ochenta, los sucesivos cambios de moneda (de sol oro a intis, de intis a intis millón, y de estos a nuevos soles) y la creciente morosidad en el pago de los aportes retenidos por los empleadores (encabezados por el Estado) se está ante un escenario que reclama acciones inmediatas en el plano jurídico para, a partir de ellas, tentar una recuperación (al menos parcial) del régimen.

Respecto al adeudo del Estado con la seguridad social, es ilustrativo recordar que el Decreto de Urgencia N° 067-98, publicado el 15 de enero de 1999, aprobó en su artículo 2° parte de la deuda que algunas entidades tenían con el IPSS desde enero de 1988 hasta diciembre de 1996, fijándola en S/. 1,271'638,148.42.

Un aspecto de igual importancia es el relacionado a la rentabilidad generada de la inversión de los fondos del SNP, que si bien a partir de la administración por ONP ha logrado cifras destacables a nivel del mercado

---

(13) A manera de ilustración, bastará recordar que el Seguro Social (IPSS) pasó de 25,000 trabajadores en el año 1985 a 45,000 en el año 1990 (casi el doble en solo 5 años).

(14) Mediante Ley N° 27056, publicada el 30 de enero de 1999, se cambió la denominación del IPSS, creándose sobre la base de ella al Seguro Social de Salud - EsSalud. Con relación a dicha entidad, ver DELGADO APARICIO, Luis, *La seguridad social en el Perú. La creación de EsSalud*, Fimart Editores, Lima, 2000.

(15) Conforme a lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto Ley N° 25967, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 26323.

interno (incluso en comparación con el SPP), tiene aún en el pasado del IPSS algunos de los porcentajes más bajos a nivel mundial (como un -37.4% para el periodo 1981-1988)[16].

Por si ello fuera poco, existen una serie de pronunciamientos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional[17] que, partiendo de la aplicación excepcional de la antigua teoría de los derechos adquiridos en lo previsional[18], han interpretado de manera errónea diversas instituciones jurídicas del SNP, tales como la pensión máxima (tope)[19] y la pensión mínima (Ley N° 23908)[20], que han originado miles de procesos judiciales en contra de la ONP, lo cual –a su vez– implica un costo adicional al Estado por concepto de defensa legal técnica.

3.2. Planteamientos de reforma del SNP

Efectuado este breve recuento de los antecedentes del SNP y las causas que –a nuestro criterio– han originado su crisis crónica actual, pasamos a formular lo que consideramos una serie de propuestas de reforma en el plano legal para evitar que el sostenimiento financiero de las pensiones que son atendidas por dicho régimen continúen afectando al Tesoro Público, a saber:

---

(16) BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del empleo*, Banco Mundial, Washington D.C, 1994, p. 110 (gráfico 3.7).

(17) En especial la recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC (acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967), publicada el 26 de abril de 1997.

(18) Recogida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, actualmente suprimida por la reforma aprobada por la Ley N° 28389.

(19) Por ejemplo, la ejecutoria recaída en el Expediente N° 3170-2000 de la extinta Sala de Derecho Público, publicada el 5 de noviembre de 2001, que disponía el pago de una pensión de jubilación del Decreto Ley N° 19990 sin tope alguno. Sobre la aplicación de la pensión máxima se ha pronunciado también la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI (aprobado por la Resolución Defensorial N° 004-2002, que fuera publicada el 29 de enero de 2001), punto de vista que hemos criticado en su momento: ABANTO REVILLA, César, "El Decreto Ley N° 19990 y la pensión máxima (topes)", diario oficial *El Peruano*, en su edición del 19 de marzo de 2002, p. 10.

(20) Sobre este tema, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, criticada entre otros por PARÉDEZ NEYRA, Magno, "Ley N° 23908: pensión mínima e indexación en el Sistema Nacional de Pensiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional", en *Asesoría Laboral*, Diciembre 2003, p. 11-15.

3.2.1. Suprimir la pensión de jubilación adelantada

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga al asegurado cuando alcanza una edad avanzada (vejez) que ocasiona su incapacidad para el trabajo[21], siempre que acredite –además– contar con una cantidad mínima de años de aportación efectuados al SNP.

En su texto original, el Decreto Ley N° 19990 contemplaba cuatro modalidades de jubilación, que exigían años de edad y de aportación distintos:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General artículos 38° y 41°	60 (hombres) 55 (mujeres)	15 13
2. Régimen Especial[22] artículos 47° al 49°	60 (hombres) 55 (mujeres)	5 años ambos sexos
3. Pensión Reducida artículo 42°	60 (hombres) 55 (mujeres)	+ de 5 pero - de 15 + de 5 pero - de 13
4. Pensión Adelantada[23] artículo 44°	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 25

El 19 de diciembre de 1992, con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, se incrementan los años de aportación mínimos para acceder a una jubilación del SNP a 20 años (para hombres y mujeres), quedando derogados el régimen especial y la pensión reducida. De igual manera el 18 de julio de 1995 es publicada la Ley N° 26504, que en su artículo 9° fijó en 65 años la edad de jubilación en el SNP (hombres y mujeres).

De tal manera, en la actualidad existen las siguientes modalidades para acceder a una pensión de jubilación:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General	65	20
2. Pensión Adelantada artículo 44°	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 25

(21) En este sentido, ver ROMERO MONTES, Francisco, *La jubilación en el Perú*, Servicios Gráficos José Antonio, Lima, 1993, p. 75.

(22) Solamente aplicable a los asegurados nacidos antes del 1 de julio de 1931 (hombre) o 1936 (mujeres) inscritos en la Caja de Pensiones de Seguro Social obrero o del empleado.

(23) Si el cese laboral era producto de una reducción de personal (conforme lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18471) los años de aportación exigidos se reducirían a 15 y 13 años, según se tratase de hombre o mujer respectivamente.

La pensión adelantada es una modalidad concebida con el fin de otorgar una prestación económica a los asegurados que iniciaron sus labores a temprana edad, permitiéndoles acceder a la jubilación anticipadamente respecto de los demás asegurados (que tendrían que esperar hasta los 65 años, en la actualidad). Sin embargo, el otorgamiento de esta pensión implica aceptar el descuento del 4% del monto que correspondería como pensión por cada año que se adelantó respecto de la edad general.

En tal sentido, partiendo de la premisa que un sistema pensionario de reparto requiere que sus asegurados formen una pirámide[24] en la cual la base esté conformada por los trabajadores en actividad que sostienen a los pensionistas (cúspide), resulta indispensable extender la vida laboral de estos trabajadores para proveer de aportaciones actuales que sirvan de sustento (parcial) al pago de las pensiones del SNP.

Esta propuesta es congruente con el principio de solidaridad[25], pues las mayores aportaciones (en años) efectuadas por los asegurados que han iniciado sus labores a temprana edad servirán para atender el pago de las pensiones de aquellos cuyas diminutas aportaciones no sustentarían el pago de una prestación (siquiera mínima) de por vida.

3.2.2. Establecer una pensión máxima (tope) única

La pensión máxima mensual o tope es el monto mayor que se abona por una prestación en el SNP. Es una institución jurídica contemplada por el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990 que fue evolucionando durante las décadas de los setenta y ochenta a través de fórmulas que la vincularon a conceptos laborales como la remuneración mínima vital, hasta que el 19 de diciembre de 1992 el Decreto Ley N° 25967 (artículo 3°) estableció un monto fijo (S/. 600 nuevos soles) que podría ser incrementado.

Es el caso que, como consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 007-96-I/TC, la Defensoría del Pueblo emite el Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI, en el cual se sostiene que

(24) MARTÍ BUFFIL, Carlos, *Derecho de la seguridad social: las prestaciones*, Diana - Artes Gráficas, Madrid, 1954, p. 386. Según este autor, al reducirse el grupo de los trabajadores activos estaremos en una situación de desequilibrio (pirámide invertida).

(25) En virtud del cual quien aporta más –en tiempo o dinero– colabora con su prestación con el otorgamiento de una pensión mínima a favor de aportó menos. Como idea trascendental ver FAJARDO CRIBILLERO, *Teoría general de seguridad social*, cit., pp. 29-31.

para una correcta aplicación ultractiva del Decreto Ley N° 19990 en cuanto al tope se tomará la fórmula vigente al 18 de diciembre de 1992 (un día antes a la vigencia del Decreto Ley N° 25967), esto es que la pensión máxima es igual al 80% de la suma de 10 RMV (según el Decreto Ley N° 22847), la misma que debe utilizar como referencia el valor de la RMV vigente en el momento del cese laboral del asegurado. Por ejemplo: Juan Pérez tiene los requisitos para acceder a jubilación del SNP al 18 de diciembre de 1992 pero continúa laborando hasta el año 2002 –fecha en que la RMV equivalía a S/. 410 nuevos soles–, el pensión máxima o tope aplicable en su caso sería S/. 3,280 nuevos soles, casi 4 veces el tope vigente en la actualidad: S/. 857.36 nuevos soles (Decreto de Urgencia N° 105-2001).

La tesis de la Defensoría del Pueblo parte de una premisa errónea: que el tope establecido por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967 constituye un supuesto distinto al regulado por el artículo 78° del Decreto Ley N° 19990, en lugar de un escalón mas en la evolución de dicha institución jurídica previsional, por lo que su aplicación (incluso a los beneficiados por los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada) no puede generar situaciones de inequidad tan manifiesta dentro de las pensiones que se otorgan al interior del mismo SNP[26].

De lo expuesto, se desprende la necesidad de establecer un monto tope único que pueda ser aplicado a todos los pensionistas del SNP (actuales y futuros), lo cual podrá materializarse a partir de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

3.2.3. Reducir el margen de morosidad

En el SNP existen tres tipos de asegurados: (i) los obligatorios, que son los trabajadores dependientes que aportan a través de su empleador, quien les retiene un porcentaje de su remuneración mensual para entregarlo al ente recaudador[27]; (ii) los facultativos, que son trabajadores que realizan actividad económica independiente y aportan de modo directo; y (iii)

(26) Cabe destacar que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (por todos, ver Expediente N° 1294-2004-AA/TC) reconocen la legalidad de la aplicación del tope, tomando como origen del mismo al artículo 78° del Decreto Ley N° 19990.

(27) Desde 1999 la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) es la entidad encargada de recaudar los aportes al SNP (Ley N° 27038).

los de continuación facultativa, que son aquellos que al cesar en su trabajo como asegurados obligatorios no reunían aún los requisitos de edad o de aporte, prosiguiendo con su aportación al SNP como facultativos.

Como hemos referido en los puntos precedentes, en la actualidad es el Estado quien asume algo más del 70% de las pensiones del SNP, lo que implica que se percibe el aporte real de tres de cada diez asegurados por la morosidad y la falta de pago a la ONP (vía la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-Sunat) de las aportaciones retenidas a los asegurados obligatorios de parte de sus empleadores, lo cual genera el desfinanciamiento del régimen, en la medida que se otorgan prestaciones sin respaldo dinerario tangible.

En este escenario resulta impostergable la dación de dispositivos legales que establezcan procesos especiales en sede administrativa (coactiva)[28] y judicial (tanto en sede civil como penal) que de manera célere permitan la recuperación de la mayor cantidad de aportes retenidos y no pagados, sirviendo a la vez de medios disuasivos para la práctica evasiva.

En cuanto a los procesos judiciales civiles consideramos que al igual que en el caso del SPP[29] se debería dar mérito ejecutivo a las liquidaciones de adeudos de aportaciones al SNP y establecer pautas específicas que faciliten su aseguramiento (vía cautelar) y recuperación en el corto plazo.

Respecto de los procesos judiciales penales, si bien hemos cuestionado en oportunidades anteriores la vigencia del artículo 4° de la Ley N° 20604, que regula el delito de apropiación ilícita de los aportes al SNP[30],

---

[28] Si bien el artículo 13° del Decreto Ley N° 19990 habilita la sede coactiva (desde 1999 a cargo de la Sunat), ello no obsta que puedan dictarse normas complementarias que establezcan plazos, procedimientos y pautas especiales adicionales para estos cobros.

[29] El artículo 38° del Decreto Supremo N° 054-97-EF, modificado por la Ley N° 27242, contempla una serie de disposiciones particulares a favor de las AFP (competencia especial, causales taxativas para la contradicción del mandato ejecutivo, etc.) para el proceso civil de cobro de adeudos de aportaciones.

[30] ABANTO REVILLA, César, "El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, Lima, 2002, pp. 77-88. Sostenemos su vigencia por cuanto el delito de apropiación ilícita contenido en el artículo 190° del Código Penal de 1991 efectúa una tipificación en la cual los elementos objetivos y subjetivos no encuadran en el supuesto planteado en la Ley N° 20604, por lo cual no habría operado su derogación (tácita, ni expresa).

en la medida que su definición resulta insuficiente para los supuestos que se presentan actualmente, tomando de base la propuesta contenida en el Proyecto de Ley N° 1067[31], debe dictarse una ley de delitos en materia previsional que abarque al SNP, SPP[32] y los demás regímenes.

4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEY N° 20530

4.1. Evolución, crisis y posterior reestructuración

El Decreto Ley N° 20530 fue dictado para reemplazar a la Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de enero 1850[33] (la denominada "Ley de Goces" del Gobierno de Ramón Castilla).

La norma nació como un régimen cerrado, pues regularía el otorgamiento de derechos pensionarios para los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado con anterioridad al 11 de julio de 1962; el Estatuto de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (decreto supremo del 11 de julio de 1962) estableció que todo trabajador que ingrese a prestar servicios para el Estado a partir de esta fecha cotizaría para esta Caja de Pensiones, la misma que en el mes de mayo de 1973 fue unificada con el régimen de los obreros en el Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990.

En efecto, originalmente este régimen pensionario comprendería a un reducido grupo de servidores (aproximadamente 30,000) que estaban sujetos al régimen laboral de la actividad pública (Ley N° 11377); sin embargo, a partir de la década de los ochenta, por razones de índole político, este régimen fue abierto con la dación de normas de excepción que

(31) Ver el texto del proyecto y su Exposición de Motivos en www.congreso.gob.pe.

(32) Si bien el tercer párrafo del artículo 35° del Decreto Supremo N° 054-97-EF contempla la posibilidad de accionar en sede penal contra empleadores que maliciosamente no pagan los aportes retenidos, por el delito de apropiación ilícita, en la práctica dicha imputación podría resultar ineficaz por los argumentos expuestos en el pie de página N° 34.

(33) Esta norma tuvo a su vez como antecedente a la Real Orden del Rey de España del 8 de febrero de 1803, que fuera aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela, conforme lo anota HEREDIA MENDOZA, Madeleine, "La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530", en *Gaceta Jurídica*, N° 30, Lima, 1996, p. 41-B.

permitieron el ingreso de cientos de trabajadores de empresas estatales y organismos públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916), lo que originó un engrosamiento desmesurado de sus pensionistas (incluidos sus derechohabientes) y con ello la consecuente afectación al Tesoro Público y al presupuesto de las empresas y entidades estatales que debían asumir el pago de dichas pensiones(34).

Por esta razón el Gobierno se vio obligado a emitir el Decreto Legislativo N° 763, del 15 de noviembre de 1991, que declaró la nulidad de pleno derecho de los actos de incorporación que se hubiesen efectuado en contravención a las disposiciones del Decreto Ley N° 20530. En virtud a esta norma, las empresas y entidades del Estado emitieron resoluciones administrativas declarando la nulidad de dichas incorporaciones, contra lo cual los pensionistas interpusieron demandas de amparo acogidas favorablemente por el Poder Judicial, forzando al Gobierno a dictar el Decreto Legislativo N° 817, publicado el 23 de abril de 1996, que otorgó a la ONP competencia exclusiva para el reconocimiento de derechos pensionarios derivados del Decreto Ley N° 20530 (artículo 4°); la facultad imprescriptible para declarar nulas las incorporaciones indebidas (artículo 5°, segundo párrafo, *in fine*); y el patrocinio de la defensa de los intereses del Estado en todos los procesos judiciales que trataban sobre la aplicación de derechos pensionarios de ese régimen (Primera Disposición Complementaria).

Esta norma fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad que concluyó el 26 de abril de 1997 al ser publicada en el diario oficial *El Peruano* la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC. Se dicta luego la Ley N° 26835, publicada el 4 de julio de 1997, que también pasa por el tamiz constitucional, siendo derogada casi en su integridad con el fallo emitido en el Expediente N° 001-98-I/TC (publicada el 27 de junio de 2001), perdiendo la ONP sus facultades administrativas y judiciales vinculadas a este régimen.

La Ley N° 27719 suplió a la derogada norma, quedando las cosas en un aparente statu quo, hasta que, a mediados de 2003, el Tribunal Constitucional emitió el fallo recaído en el Expediente N° 156-2001-AA/TC (caso Rosa Medina Pantoja), que pudo significar el incremento de más del

(34) Como precisa correctamente GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos, "El fallo del Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817", en *Asesoría Laboral*, junio 1997, p. 10.

30% de los beneficiarios del régimen y el consecuente aumento desorbitante del gasto fiscal, que pese a ser rectificado posteriormente con el pronunciamiento del Expediente N° 189-2002-AA/TC (caso Carlos Maldonado Duarte) mostró la fragilidad del sistema, forzando al Ejecutivo a presentar un proyecto de reforma constitucional en lo previsional.

4.2. La reforma constitucional de 2004[35]

El Proyecto N° 10344/2003-CR, presentado el 14 de abril de 2004, planteaba que sean modificados tres aspectos puntuales de la Constitución Política de 1993:

1. Incorporar al artículo 11° un segundo párrafo, en el cual se precise que la ley establecerá la entidad del Gobierno nacional que administrará los regímenes de pensiones a cargo del Estado.
2. Sustituir el texto del artículo 103°, con la finalidad de establecer en todo el ordenamiento legal (sin excepción adicional a la penal) la teoría de los hechos cumplidos, en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo.
3. Reemplazar en su totalidad la Primera Disposición Final y Transitoria con el fin de suprimir la referencia a los derechos adquiridos en pensiones de los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530, generando:
   - el cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530,
   - la aplicación inmediata de las modificaciones,
   - la supresión de la nivelación de pensiones,
   - la aplicación (gradual) de un tope único y
   - el inicio de acciones de nulidad por incorporaciones indebidas.

---

(35) Para ahondar sobre los comentarios a la reforma, ver GONZÁLES HUNT, César, "El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen previsional del Estado", en *Actualidad Jurídica*, N° 126, Lima, 2004, pp. 31-42; FAJARDO CRIBILLERO, Martín, "Modificaciones constitucionales al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530", en *Asesoría Laboral*, julio 2004, pp. 7-10; ABANTO REVILLA, César, "Comentarios sobre el proyecto de reforma constitucional del Decreto Ley N° 20530", en *Asesoría Laboral*, agosto 2004, pp. 25-29.

En la medida que el presente trabajo no pretende ser un comentario de dichas reformas, nos limitaremos a señalar que fueron aprobadas por la Ley N° 28389, lo cual permitió la reestructuración del régimen mediante la Ley N° 28449.

Ambas normas fueron sometidas a un proceso de inconstitucionalidad, en el cual se reconoció la legalidad de la reforma a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulados), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de junio de 2005, pronunciamiento en el cual el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido esencial del derecho a la pensión, como se aprecia en el Fundamento N° 107, al indicar que está conformado por:

- el derecho de acceder a una pensión,
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión, y
- el derecho a una pensión mínima vital.

Dicha delimitación no solo sirvió de parámetro para validar la reforma, sino que a la vez permitió demarcar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, en el Fundamento N° 37 del fallo recaído en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC (caso Manuel Anicama Hernández), precisando cuáles serían las únicas pretensiones –vinculadas al derecho a pensión– que pueden ser reclamadas en la vía del proceso constitucional de amparo (las restantes deben ser formuladas en la sede contencioso-administrativa, regulada por Ley N° 27584).

5. EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y LA LIBRE DESAFILIACIÓN

El 20 de febrero de 2007, mientras se debatía en el Congreso de la República el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo para habilitar la desafiliación del SPP, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC[36], fallo con el cual el Tribunal Constitucional estableció tres supuestos de retorno parcial del SPP al SNP, a saber:

[36] Un detallado comentario de dicha sentencia en DE LA PUENTE, Jaime, *et al.*, "El derecho de libre acceso a los sistemas previsionales como parte del derecho a la pensión en la jurisprudencia constitucional", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 102, Lima, 2007, pp. 55-66.

a. La titularidad no ejercida del derecho a pensión (de jubilación). Este supuesto se aplicaría a todos aquellos asegurados que al momento de su afiliación al SPP ya contaban con los requisitos para acceder a pensión de jubilación en el SNP (edad y años de aportación establecidos por el Decreto Ley N° 19990 y los regímenes especiales).

b. La falta o deficiencia de información suficiente (previa a la afiliación al SPP). En los fundamentos 38 a 43 de la sentencia el Tribunal señala que considera constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial de todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia que percibirían bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP.

c. Trabajadores cuyas condiciones laborales implican un riesgo para la vida o salud

En los Fundamentos N°s 44 a 46 de la sentencia el Tribunal precisa que debe permitirse el inicio del trámite de desafiliación de los trabajadores que realizan labores riesgosas, en consonancia con el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución, pues solo así la aplicación del derecho a la pensión posibilitará el cumplimiento del principio de respeto a la dignidad humana.

A los pocos días, el 27 de marzo, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28991[37], que –a su vez– establece también tres causales para habilitar la desafiliación del SPP para retornar al SNP, que son las siguientes:

a. Todos los afiliados al SPP que ingresaron al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, que al momento de hacer efectiva su desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad (artículo 1°).

b. Todos los afiliados al SPP que al momento de su ingreso a dicho sistema contaban con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el SNP (artículo 2°).

(37) Una aguda crítica a dicha norma puede encontrarse en APARICIO VALDEZ, Luis, "ONP o AFP: ¿cuál elegir?", en diario oficial *El Peruano*, en su edición del 12 de abril de 2007, p. 15.

c. Todos los afiliados del SPP que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentren bajo el alcance de la Ley N° 27252, cuando cumplan los requisitos para obtener una jubilación en el SNP (Primera Disposición Transitoria).

En la medida que la norma coincidía solamente en dos de los tres supuestos establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, el 15 de mayo se publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia recaída en el Expediente N° 7281-2006-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señala expresamente –como llamado de atención– que la omisión legislativa de regular la causal de falta o deficiencia de información no se podría interpretar como una exclusión del catálogo vigente, estando obligados los jueces, las autoridades administrativas y las AFP a aplicarla de manera inmediata y obligatoria.

Pese a la claridad de dicho mandato, el Reglamento de la norma comentada –que fuera aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF– no hizo referencia alguna a la citada causal (falta o deficiencia de información), lo que –según entendemos– obedece al hecho que se trata de un supuesto no contemplado de modo expreso por la Ley N° 28991, a la cual debería ceñirse el desarrollo de dicho reglamento, empero, cabe recordar que los fallos del Tribunal Constitucional con carácter de precedente vinculante –en casos como el presente– tienen efectos normativos, lo que en el campo previsional se ha venido aplicando desde hace algunos años. De no incluirse expresamente dicha causal dentro del catálogo legal de supuestos, el Tribunal Constitucional seguirá habilitando su aplicación en sede judicial, como lo han demostrado los fallos que han precedido al citado reglamento.

El reglamento se limita a señalar en su artículo 1° los siguientes supuestos:

a. Los que hubieran pertenecido al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, siempre que a la fecha de (presentar su) solicitud de desafiliación ante la AFP cumplan con los años de aportación entre el SNP y SPP para tener derecho a pensión de jubilación en el SNP.

   La norma cuida de precisar que la resolución que autorice la desafiliación –en este caso– no generará pensión de jubilación automática, pues para ello se requiere la edad respectiva, según se trate de las modalidades previstas por el Decreto Ley N° 19990 (régimen general y pensión adelantada) o los regímenes especiales.

b. Los trabajadores que a la fecha de su incorporación al SPP [ya] contaban con los requisitos (edad y años de aportación) para jubilarse en el SNP.

Como se aprecia, el reglamento no refiere al supuesto previsto en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28991 (afiliados del SPP que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, que se encuentren bajo el alcance de la Ley N° 27252, cuando cumplan los requisitos para obtener una jubilación en el SNP) ni a la causal de falta o deficiencia de información prevista en la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, omisión que –como han dejado claro los fallos publicados el 31 de mayo de 2007– no impedirá su aplicación ante el Tribunal Constitucional.

6. HACIA UN SISTEMA ÚNICO COMPLEMENTARIO DE PENSIONES

La reforma en pensiones debe ser realizada tomando en cuenta los factores económicos, sociales, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, sin dejar de lado –además– que dicho sistema debe respetar los parámetros establecidos en la Constitución de 1993, los convenios internacionales suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional.

La reforma pensionaria puede efectuarse en cualquier país del mundo, pero debe ser adaptada a las condiciones locales. Es un desafío que debe ser enfrentado a nuestra manera, pues no existe un modelo universal que se considere perfecto. Se deben estudiar las opciones aplicadas y su desempeño, a fin de diseñar una reforma interna que sea adecuada a nuestra realidad concreta.

Efectivamente, no podemos simplemente limitarnos a tomar un modelo aplicado en otro país –aunque sea latinoamericano o tenga relativo éxito– y pretender que funcione en el nuestro, pues el escenario social, político, económico y jurídico, es de seguro distinto, razón por lo cual debemos evaluar las opciones en debate, ver la viabilidad de su aplicación individual, conjunta o complementaria, y –a partir de su cotejo con los factores internos– decidir el sistema que resulte más idóneo.

La elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política; sin embargo, para ello será necesario

que se cuente con el sustento técnico que fundamente la elección de un determinado esquema, lo cual requiere de un debate previo en que participen todos los interesados, para lograr el objetivo final de una reforma previsional: mejorar significativamente el nivel de las prestaciones y mantenerlas en el tiempo para brindar una pensión digna a todos los peruanos. Se pueden contemplar objetivos adicionales, pero todos ellos deberán estar –al final– subordinados a la obtención de dicho propósito.

En dicho escenario, considerando que el sistema de reparto presenta una serie de deficiencias que debe aceptarse y subsanarse, pero que también la capitalización no es el modelo ideal, pues no solo carece de la esencia del concepto mismo que soporta a la seguridad social (la solidaridad), sino que genera un alto riesgo para la garantía de una prestación futura digna (pues la inversión de los fondos estará supeditada a un manejo financiéro eficiente de la AFP y la estabilidad en el tiempo del mercado nacional y extranjero[38]), debemos bosquejar los lineamientos de un modelo peruano hipotético, que pueda atender las necesidades de los ciudadanos sin colisionar con las reales posibilidades económicas y operativas del país.

Si bien es cierto en la actualidad existe un aparente consenso respecto de evaluar la reformulación del sistema de pensiones peruano sobre la base de un esquema unificado de orden complementario que cuente con dos pilares (el primero, bajo el sistema de reparto, que garantizaría una pensión mínima y sería administrado por el Estado; y el segundo, que funcionaría bajo capitalización, gestionado por las AFP), como consta en las propuestas del Ministerio de Economía y Finanzas[39], la Defensoría del Pueblo[40], y la Superintendencia de Banca y Seguros[41], mismo que fuera postulado originariamente en nuestro país en el año

(38) En los últimos años, los fondos privados de pensiones en países relativamente estables en materia económica como Chile y Japón han sufrido caídas considerables, producto de las repentinas depresiones en sus respectivos mercados de valores.

(39) Como consta en el punto iii del recuadro N° 4 del "Marco Macroeconómico Multianual 2007-2009", publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2006.

(40) Recomendación cuatro del Informe Defensorial N° 99, aprobado por la Resolución N° 031-2005-DP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de noviembre de 2005.

(41) Proyecto que sería presentado por la SBS en coordinación con las AFP en marzo de 2007, según declaración brindada al diario *Gestión*, en su edición del 12 de julio de 2006, p. VII, por el Superintendente Adjunto de AFP.

2004[42], optamos por la recreación de modelo distinto, en el cual se le dé prioridad al sistema de reparto.

En efecto, nuestra principal preocupación en cuanto al esquema de capitalización es que los fondos de las cuentas individuales de los afiliados al SPP estarán a merced de los factores económicos, financieros y bursátiles del mercado interno y externo. La aparente rentabilidad del modelo actual no puede ser debidamente calibrada en tanto no sufra las distorsiones derivadas de procesos inflacionarios o sucesivos cambios de moneda, como los acontecidos en los ochenta, por lo tanto, la realidad es que estamos aún en una fase de prueba –catorce años después de la entrada en funcionamiento del SPP– que en algunos países ya presenta fallas.

De lo expuesto en los puntos precedentes, concluimos que es necesario proceder al cierre de los regímenes previsionales del Estado[43], estableciéndose un sistema unificado de pensiones que comprenderá un pilar obligatorio bajo reparto que ha de ser administrado por el Estado, en el cual se depositarán las aportaciones mensuales de todos los trabajadores (dependientes e independientes, públicos o privados), subsistiendo el segundo pilar bajo capitalización como un régimen de carácter facultativo, bajo exclusiva administración privada (AFP).

Al nuevo sistema unificado de pensiones (SUP) se incorporarán como asegurados todos los afiliados a los regímenes existentes –sin distinción– que al momento de entrar en vigencia la reforma cuenten con 45 o menos años de edad, así como los trabajadores que ingresen a laborar por primera vez a partir de dicha fecha. Las aportaciones efectuadas con anterioridad a los antiguos regímenes se entregarían a la entidad pública o privada que el trabajador elija.

---

(42) GONZÁLES HUNT, César, "La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el sistema público y el privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado?", en *Desafíos y perspectivas del Derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*, SPDTSS, Trujillo, 2004, pp. 315-348. Dejamos constancia que en el año 1992, es decir, antes del informe pionero del Banco Mundial (*Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del empleo*), el maestro Luis Aparicio Valdez ya bosquejaba dicho modelo (APARICIO VALDEZ, Luis, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones y los asegurados", en *Socialismo y participación*, N° 60, Lima, 1992, p. 9).

(43) Entiéndase, el Decreto Ley N° 19990 y la Caja de Pensiones Militar Policial, puesto que el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 fue cerrado por la Ley N° 28389.

El SUP planteado debería tener las siguientes características mínimas:

a. La tasa o porcentaje de aportación para el primer pilar obligatorio sería del 15%. Para el segundo pilar, que –como se indicó– sería facultativo, la aportación adicional sería del 5%.

b. La pensión de jubilación se otorgaría cuando el asegurado cumpla 65 años de edad y 20 de aportación, con lo cual obtendría una pensión mínima que sería equivalente al ingreso mínimo de los trabajadores en actividad (lo que se denomina actualmente remuneración mínima vital - RMV). Si cuenta con más de 25 pero menos de 30 años de aportación, la pensión se incrementa en media RMV adicional. Al asegurado con 30 o más años de aportaciones se le pagaría una pensión equivalente a dos RMV, que sería el tope[44][45].

c. La pensión de invalidez se otorgaría únicamente a los asegurados que una comisión médica de EsSalud[46] declare incapacitados física o mentalmente para trabajar, siempre que además acrediten una aportación previa mínima de 10 años. El monto de esta pensión sería el equivalente a media RMV, y el beneficiario debería someterse a una evaluación obligatoria anual, para comprobar la subsistencia de la incapacidad que originó dicha prestación.

d. La pensión de sobrevivientes correspondería solamente a los familiares del pensionista o asegurado (con derecho a pensión de jubilación o invalidez) que fallece, siempre que cumplan los requisitos establecidos por la ley[47].

---

[44] Los asegurados que tengan menos de 20 años de aportación tendrían derecho al pago, durante un periodo improrrogable de 5 años, al equivalente de 50% (si tienen más de 10 pero menos de 15 años de aportes) o 75% de una RMV (con más de 15 pero menos de 20 años de aportes). Vencido ese periodo mantendrían únicamente el derecho a prestaciones de salud. En ambos supuestos no se generaría derecho a pensión de sobrevivientes.

[45] Los trabajadores que realizan actividades riesgosas, como los mineros o de construcción civil, podrían jubilarse a partir de los 55 años de edad.

[46] Como es de conocimiento público, en diferentes zonas del país se están detectando casos de falsificación de certificados médicos emitidos por el Ministerio de Salud, por el escaso control del personal de dicha entidad, por lo cual sería conveniente centralizar dicha labor.

[47] Deberían mantenerse los señalados por el Decreto Ley N° 19990, con las precisiones que ha introducido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de junio de 2005.

Como se aprecia, el SUP mantendría el reparto como un pilar obligatorio, empero, se permitiría la convivencia de la capitalización en un segundo pilar facultativo, al cual podrían afiliarse los trabajadores que perciban mayores remuneraciones, permitiéndoles –eventualmente– obtener en el futuro una pensión mayor.

Este modelo es compatible con los artículos 10° y 11° de la Constitución de 1993, en la medida que el Estado participaría de la seguridad social en pensiones de manera directa; del mismo modo, se debería crear una nueva superintendencia de AFP que se encargue no solo de supervisar a las entidades privadas, sino también de llevar la historia o récord laboral de cada uno de los afiliados al SUP, emitiéndoles anualmente una constancia con las aportaciones registradas, a efectos que estos tomen las medidas para regularizar las posibles omisiones de sus empleadores.

La superintendencia de AFP debería ser la entidad que, en coordinación con la Sunat[48], se encargue de incoar las demandas para recuperar las aportaciones impagas, así como las denuncias penales que correspondan (de verificarse un comportamiento doloso al retener las contribuciones), para lo cual resulta indispensable contar en paralelo con normas que configuren procesos judiciales céleres para dicha finalidad[49].

Como será fácil entender, la composición legal de un nuevo sistema de pensiones constituye una labor que no se agota en una ponencia, por lo que el modelo que nos hemos permitido poner a consideración –que a nuestro entender permite una convivencia de la actividad privada (y su justificado derecho de obtener beneficios económicos), pero sin sacrificar los principios básicos de la seguridad social– es la proyección de un esquema que consideramos adecuado a nuestra realidad, en la cual se deben anteponer los derechos sociales a los intereses financieros.

---

[48] Encargada de la recaudación de las aportaciones del SNP desde el año 1999 por mandato de la Ley N° 27038, por lo tanto, puede generar un registro de los empleadores morosos.

[49] En la mayor parte de países del mundo existen dispositivos legales que sancionan en lo penal la apropiación ilícita o retención indebida de las aportaciones a la seguridad social, como nos da cuenta BRANDARIZ GARCÍA, Ángel, "La protección penal de la seguridad social", en *Temas actuales de Derecho laboral*, Normas Legales, Trujillo, 2005, pp. 607-639.

LA LIBRE DESAFILIACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

César González Hunt

"No hemos podido lograr sincerar el Sistema Privado de Pensiones llevándolo a un plano de equilibrio entre lo económico y lo social"

Luis Aparicio Valdez
(*Análisis Laboral*, marzo de 2007)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La seguridad social en pensiones. 3. Las sentencias del Tribunal Constitucional y la Ley Nº 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. 4. Los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la base de los supuestos instaurados en sus anteriores sentencias.

1. INTRODUCCIÓN

Tal como expresa con absoluta propiedad el profesor Aparicio Valdez, un primer balance de la reforma en materia pensionaria, que significó la introducción del Sistema Privado de Pensiones (SPP) en el país, nos muestra un claro desequilibrio entre lo postulado y obtenido en los planos económico y social.

En el tiempo transcurrido desde la implementación del sistema privado, pueden apreciarse logros destacables y positivos para la gran mayoría de sus beneficiarios y el país en general. Así, no puede soslayarse que entre sus varias virtudes este sistema ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos provisionales como secularmente ha ocurrido en el alterno sistema público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de *lobbies* y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y favorecido la inversión privada, constituyéndose en la principal fuente del ahorro interno del Perú.

No obstante, en el plano estrictamente social, puede apreciarse que la reforma ha tenido diferentes significados para distintas clases de trabajadores. Para los trabajadores de niveles socioeconómicos altos y medios, la reforma ha significado la oportunidad de acceder a un sistema que paga pensiones consistentes con sus remuneraciones y los aportes efectuados, es decir, ha representado la vía de salida de un sistema de reparto que pagaba pensiones completamente desvinculadas con los aportes efectuados. Por el contrario, para los trabajadores de los niveles socioeconómicos mas desfavorecidos y de edad más avanzada, la reforma no ha de representar una alternativa más atractiva que la ofertada por el sistema público, dado que la pensión de jubilación resultante en el SPP depende críticamente del esfuerzo individual realizado durante la vida activa del trabajador. En síntesis, el SPP no se ha podido convertir para determinadas categorías de trabajadores en la mejor alternativa de previsión social.

Lamentablemente, en muchos casos, trabajadores que se afiliaron prontamente al recién implementado SPP alentados por la presión mediática propiciada por el mismo Estado, cuando se percataron que la opción ejercida de traslado del sistema público al privado no era la más favorable a sus intereses, carecieron de un mecanismo legal que habilitara su desafiliación y el retorno al sistema público.

Es en este contexto que el Tribunal Constitucional se avoca al conocimiento de múltiples acciones de garantía promovidas por quienes sintiéndose perjudicados por su pertenencia al SPP y alegando la infracción a los derechos constitucionales de petición y libre acceso a una pensión, pretenden por esta vía el retorno al Sistema Público de Pensiones.

A tal efecto, resulta de particular interés analizar los alcances de lo que se ha venido en denominar la *libre desafiliación* del Sistema Privado de

Pensiones a la luz de la jurisprudencia que viene acuñando el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, a efectos de un mejor entendimiento de los problemas propuestos y de su dilucidación por el máximo intérprete de la constitucionalidad en el país, consideramos pertinente, de forma previa, explicar el contexto en que surge el Sistema Privado, su relación con el Sistema Público, la respuesta a la problemática generada desde la perspectiva del Congreso de la República y su relación con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

En 1919 surge el concepto de la seguridad social, la misma que, de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se origina como un concepto fundamental, en razón de la protección de los trabajadores y de sus familias y contra determinados riesgos inherentes a su condición social(1).

A su vez, la seguridad social trajo consigo la determinación de un objeto específico: proteger a los ciudadanos ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Cabe señalar que por un lado tenemos que tales riesgos implican acontecimientos de realización incierta que afectan la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuyen sus recursos económicos o determina su desaparición, mientras que por otro encontramos a las contingencias sociales, las mismas que inciden sobre las facultades físicas y mentales, siendo las más conocidas la enfermedad, la invalidez, la maternidad, los accidentes de trabajo, la vejez y ciertamente la muerte.

En efecto, como sostienen Alonso Olea y Tortuero Plaza, la seguridad social cubre las contingencias y sobre todo se trata de necesidades cambiantes, pues "cada periodo histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna –cuando menos desde comienzos del siglo XX– la ampliación de los riesgos cubiertos"(2).

---

(1) Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo - OIT

(2) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de la seguridad social*, 17° ed., Civitas, Madrid, 2001, p 21.

En el mismo sentido se expresa Monereo Pérez: "Es la seguridad social la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para adoptar los recursos de los individuos y de sus familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo"(3).

Para hacer posible que la seguridad social proteja al individuo frente a los riesgos y contingencias que se presentan en la vida, esta cuenta con un patrimonio, integrado por un conjunto de derechos sobre las cotizaciones, rentas, aportaciones estatales, acciones, derechos y bienes, así como los frutos, intereses y productos derivados de estos y cualesquiera otros ingresos patrimoniales. El patrimonio de la seguridad social se constituye como un patrimonio único, distinto del Estado (siendo sus bienes y derechos inembargables), el cual es destinado a los fines específicos de la seguridad social(4).

Así pues, dentro de un marco más moderno de la seguridad social, vemos que ella se dota de un componente esencial de un sistema más amplio, el cual recae en la protección social integral. En esta visión, sus aspectos institucionales y administrativos deben estar al servicio de un fin mayor tal como lo es el de bienestar general, y en esa misma medida la seguridad social se empieza a identificar como una columna de los derechos humanos fundamentales.

Con relación a lo anterior, la OIT, en uno de sus más recientes informes mundiales, ha creído conveniente adoptar dicha perspectiva y ubica a la seguridad social dentro del concepto de seguridad del ingreso, del sostenimiento de las familias(5).

Es en esta concepción de protección social integral que las pensiones se insertan como prestaciones económicas periódicas derivadas de las contingencias producidas por la invalidez, la vejez o el fallecimiento. Sin em-

(3) MONEREO PÉREZ, José Luis, "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", en *Relaciones Laborales*, Segundo Semestre 2001, p. 48.

(4) ALMANZA PASTOR, José, *Derecho de la seguridad social*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 544 y 546.

(5) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *World Labour Report 1999-2000. Income Security in a Changing World*, Geneve, 2000, citado por BERNEDO ALVARADO, Jorge, *Ganancia para algunos y desprotección para todos*, Bocetos, Lima, 2000, p.11.

bargo, en el caso del Derecho del Trabajo la construcción de la protección se ha basado en un esquema de inclusión de los trabajadores y con dificultades para quienes no son trabajadores, por lo que dentro de una protección social integral debe buscarse que la protección de la persona se presente cuando es trabajador, cuando es pensionista o cuando se presenten situaciones de inactividad laboral(6).

Al respecto, se ha determinado que la más clara manifestación de la seguridad social se encuentra dividida en dos tipos diferentes de prestaciones. Por un lado tenemos a aquellas relativas a las prestaciones de salud(7), mientras que por otro vemos a las prestaciones económicas, las cuales son comúnmente identificadas con la figura de las pensiones, pues es a través del pago de las mismas donde se puede situar más específicamente a este tipo de seguridad social.

Pues bien, a propósito de las pensiones, importa señalar que estas se caracterizan por ser pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección, cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono. Las mismas son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, requisitos en cuanto a los periodos de afiliación o de aportación, los cuales tenderán a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes), etc.

En torno a la administración que se le brinda a las pensiones, esta se postula con un canal centralizado y se encuentra vinculada a un sistema único de financiamiento que ha de constituir expresión práctica del principio de la unidad, característica de la seguridad social.

A fin de efectivizar el mecanismo de funcionamiento de la seguridad social, resulta de vital importancia contar con un sistema de reparto, mediante el cual los asegurados coticen a un fondo común a través del que obtendrán las prestaciones correspondientes al momento de su jubilación,

---

(6) Precisamente sobre el tema de la protección social y la necesidad de políticas de inclusión y no de exclusión puede revisarse la ponencia de GARCÍA GRANARA, Fernando, "Los cauces de la protección social en la globalización: interacción entre los ordenamientos internos y la acción internacional", en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2001.

(7) Para una revisión de la seguridad social y sus fundamentos desde la perspectiva de la seguridad social en salud, nos remitimos a APARICIO TOVAR, Joaquín, *La seguridad social y la protección de la salud*", Civitas, Madrid, 1999, pp. 33 y ss.

estableciéndose así una pensión mínima para todos los asegurados. De este modo, los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor de la que hubieran obtenido de su ahorro personal, mientras que la prestación obtenida por los trabajadores de ingresos elevados es menor a la que les correspondería recibir por su contribución efectiva al régimen.

Justamente, el sistema de reparto se sustenta en uno de los principios medulares de la seguridad social: la solidaridad. Así, las sumas aportadas por los cotizantes al régimen pensionario son destinadas a un fondo de pensiones que es utilizado para abonar las pensiones de –entre otros– los incapacitados o jubilados. Como lo plantea Monereo Pérez con relación a la reforma ocurrida en España en 2002: "La reforma debe inspirarse en los principios de solidaridad e igualdad, pero junto a una mayor dosis de homogeneidad social (que no implica uniformidad), debe basarse en el trabajo y la seguridad inherente a todo sistema previsor que se tenga por tal"(8).

De ese modo, "la ley concibe a la seguridad social como una tarea nacional, que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos, a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que están sin empleo"(9).

En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este aspecto, como ya ha sido mencionado, tiene una naturaleza medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo: el equilibrio en su financiamiento que permita otorgar las prestaciones debidas, las que se determinan en función de la habilitación de fuentes de financiamiento y del monto de los recursos que son necesarios para ello.

Acorde a ello, habrá que concluir que resulta imposible imaginar y admitir un sistema de seguridad social sin financiamiento, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un sistema carente de contenido funcional(10).

---

(8) MONEREO PÉREZ, "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", cit., p. 50.

(9) ALMANZA PASTOR, *Derecho de la seguridad social*, cit., p. 121.

(10) En el Perú recientes sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de relieve la vinculación entre el elemento económico y el régimen previsional dentro de las políticas

A manera de resumen, vemos que la solidaridad busca una transferencia de recursos de los sectores más favorecidos hacia aquellos con menos ingresos, de las contingencias menos onerosas hacia las que generan mayor gasto, de las personas más alejadas del riesgo hacia las más cercanas a este, por lo que la seguridad social procura no solo ser un mecanismo de protección, sino que también crea un proceso que entraña una redistribución de la renta nacional y a través de ello logra una elevación de la calidad de vida de la población(11).

2.1. El establecimiento de la seguridad social en el Perú: el Sistema Nacional de Pensiones

Tal como hemos adelantado, en la década pasada (hasta el año 1992), el Sistema de Seguridad Social en Pensiones se configuraba como unitario y de carácter público, basado en el reparto. Así, las pensiones eran administradas por el Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS).

El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) se aprecia como "un sistema público en el cual las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad [...]; en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes [...]. [H]ay una aportación proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible"(12).

Este sistema comprende también a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se en-

legislativas. A tal efecto, cabe hacer mención en forma particular al Décimo Cuarto Considerando de la sentencia del 27 de junio de 2003, expedida en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, en una de las acciones de inconstitucionalidad seguidas contra los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley N° 27617.

(11) PASCO COSMÓPOLIS, 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, p. 170.

(12) VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María Antonia, "El sistema previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones *vs.* Sistema Privado de Pensiones", en *Economía/PUCP*, N° 37-38, Vol. 19, Lima, 1996, p. 375.

cuentren dentro del ámbito del Decreto Ley N° 20530, trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

Pues bien, la ocurrencia de determinados hechos originó que en 1991 el SNP se encontrara a punto de colapsar, siendo que las pensiones eran extremadamente bajas (por debajo de su valor real); existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo(13).

A pesar del reducido nivel de las pensiones (la pensión promedio en noviembre de 1991 era equivalente a US$ 69.00)(14) y el porcentaje de aportación que se imponía (9% de la remuneración), el SNP era insostenible. Aportaban a este aproximadamente dos millones de trabajadores, pero los recursos captados no eran los suficientes para cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas(15).

Este contexto situó al SNP dentro de una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones. A ello se sumó la escasa transparencia en el manejo de sus fondos, así como la evasión de los aportes por parte de los empleadores –siendo el Estado el más grande evasor(16)– y la burocratización del IPSS(17), lo que impidió una administración clara y suficiente del sistema.

Fue de esta forma como el sistema pensionario se empezó a percibir como débil, en tanto que, desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son, inherentemente, inestables ya que dependen de factores

(13) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel *et al.*, *La economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999, p. 35.

(14) Ibídem, p. 37.

(15) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, retos y reformas (1993-2003)*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 23.

(16) El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes.

(17) A tal efecto, Gabriel Ortiz de Zevallos pone de relieve que el IPSS pasa de 25,000 trabajadores en 1985 a 45,000 en 1990 (ORTIZ DE ZEVALLOS *et al.*, *La economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones*, cit., p. 37).

demográficos. Estos determinan que la relación entre aportantes y pensionistas sea cada vez menor por efecto del creciente aumento en las expectativas de vida de la población asegurada y la paulatina disminución de los ingresos del sistema, a la par del progresivo aumento de sus obligaciones[18] [19].

Todo este mal manejo del sistema en el país contribuyó al deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas y generó la necesidad de brindar a los trabajadores más jóvenes una alternativa sostenible de ahorro previsional.

2.2. El escape a la crisis: el Sistema Privado de Pensiones

Frente al precario y devastador marco que presentaba el SNP, se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro en pensiones. Luego de un intento fallido de reforma del sistema previsional[20], se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP).

Así, este nuevo sistema acoge un esquema normativo, a través del cual las AFP se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el fondo de pensiones de cada afiliado, que son colocados de manera diversificada, de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

---

[18] Al respecto, véase lo señalado por MORÓN / CARRANZA, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, retos y reformas (1993-2003)*, cit., p. 20.

[19] Cabe advertir que la situación de crisis en la financiación de los sistemas públicos de seguridad social basados en el reparto intergeneracional de las cargas no es un fenómeno exclusivamente peruano. Por el contrario, puede sostenerse que el mismo es universal. Al efecto, ver BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento* (Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo), Banco Mundial, Washington D.C., 1994.

[20] A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de noviembre de 1991. Se plantea al mismo como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud a un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley N° 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez[21], sobrevivencia[22] y gastos de sepelio, además de encargarse de la recaudación de los aportes, la cobranza de aportes impagos, tramitación de bonos de reconocimiento, la información a los afiliados y el otorgamiento y pago de las prestaciones previstas en la legislación en el momento en el cual los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

Ahora bien, un cambio novedoso que trajo el nuevo sistema de previsión social recayó en la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC), las mismas que son creadas a nombre de cada afiliado, consignando todos los movimientos que se realizan como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, bonos de reconocimiento.

Además, al igual que el SNP, el SPP tiene la obligación de incorporar a todo trabajador ya sea dependiente o independiente que elija libremente afiliarse a él. El trabajador afiliado al SPP solo podrá revertir su decisión de incorporación al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la ley.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP al SPP, a este se le otorga un bono de reconocimiento[23] a efectos de reconocerle los años aportados en el SNP,

---

(21) Cabe precisar que estas no son aseguradas de manera directa por una AFP, sino que deben ser contratadas con una empresa de seguros. Para otorgar estas prestaciones se deben cumplir una serie de requisitos de antigüedad, así como de las circunstancias de la discapacidad.

(22) Esta comprende a los herederos forzosos de trabajadores que aún no habían alcanzado la edad para jubilarse dentro del SPP al momento de su muerte y de aquellos jubilados que hubieran optado por una modalidad diferente a la renta vitalicia personal. El monto de la pensión es decreciente según el grado de parentesco.

(23) El artículo 7º de la Ley Nº 27617, vigente desde el 2 de enero de 2002, que sustituye el primer y segundo párrafos del Decreto Supremo Nº 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones establece que tienen derecho a bono de reconocimiento los trabajadores que a diciembre de 1992 estaban afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS y que hubieran cotizado en el SNP, un mínimo de 48 meses en total dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992, fecha de creación del SPP. Cabe añadir que los trabajadores deben manifestar su derecho al bono de reconocimiento al momento de afiliarse al SPP, probando

lo cual incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente del mismo, con el SPP se crea la Superintendencia de Administración de Fondos de Pensiones - SAFP (absorbida en noviembre de 2000 por la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, convirtiéndose en la Superintendencia Adjunta de AFP), mediante la cual se efectúan las funciones de supervisión del SPP en representación del Estado, con el fin de garantizar el financiamiento del sistema y vigilar el fiel cumplimiento de estas disposiciones, en observancia del artículo 11° de la Constitución de 1993.

Como puede apreciarse, un sistema como el SPP, sustentado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el público, por lo que cabe apreciar que el Sistema Privado no constituye una manifestación de la seguridad social(24). Simple y sencillamente se trata de un mecanismo de aseguramiento social cuyo basamento no se encuentra en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que este tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

2.3. La convivencia entre el sistema público y el Sistema Privado de Pensiones

El surgimiento del SPP trajo como consecuencia el desarrollo de un nuevo esquema normativo legal que se sustenta sobre la base de la existencia de dos sistemas alternos y en competencia por brindar prestaciones pensionarias a los partícipes de la seguridad social en pensiones.

---

el cumplimiento de los requisitos para obtener este derecho a fin de que la ONP (en virtud de la Ley N° 26323) les otorgue el Bono que les corresponde. Dichos Bonos deben ser entregados por la ONP a la AFP que el trabajador indique, la que a su vez lo debe entregar a una entidad de servicio de guarda física de valores, salvo que los mismos se encuentren representados por anotaciones en cuenta.

(24) En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de seguridad social?", en *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*, cit., pp. 177-178.

En puridad, el SPP se concibe como una fórmula de escape para aquellos afiliados al SNP que no habrían de encontrar a futuro una prestación pensionaria acorde con sus reales posibilidades de generar una mayor pensión a la que les correspondería de mantenerse el statu quo vigente. Además, el SPP se concibe como una alternativa que otorga al Estado un importante alivio económico en el tiempo pues este ya no tendrá que afrontar la pesada carga económica que representará atender el pago de las pensiones de un importante contingente de personas que habrán de optar por incorporarse al recién creado SPP.

Es en este contexto que el nuevo sistema contó con el total y absoluto apoyo del Estado, quien sustentando su posición en el declive del SNP empezó a promocionar al SPP como el sistema de seguridad social en pensiones más óptimo para todos, razón por la cual el traspaso del SNP al SPP contó con un claro respaldo estatal.

De acuerdo con ello, la promoción de la afiliación al SPP tuvo gran presencia mediática, llegando incluso a ser calificada como indiscriminada. Sobre el particular, debe recordarse que el acto propio de la afiliación debe ser uno desposeído de toda condición, es decir, debe ser absolutamente voluntario. No obstante, sobre la base de este afán del Estado por promover la afiliación al SPP, se empezaron a dictar una serie de normas, entre las cuales resaltan aquellas que instauraron supuestos forzados que llegaron a ser interpretados como manifestaciones tácitas de voluntad[25] para, a pesar que la afiliación a una administradora de fondos de pensiones (AFP) debiera producirse –en principio– a través de una manifiesta e inequívoca expresión de la voluntad del beneficiario, generar nuevas afiliaciones al SPP.

Debe anotarse que acorde con las propias particularidades del SPP –respecto de su especial naturaleza individualista– los efectos que se generaron a consecuencia de la afiliación a este fueron tremendamente diferentes, en función de la clase de trabajadores que se tratara. Así, mientras el nuevo sistema beneficiaba centralmente a los de mayores ingresos y a los

(25) Tal es el caso del artículo 6° del Decreto Supremo N° 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, que presume la adscripción de un trabajador al Sistema Privado cuando este no comunica por escrito en el plazo de diez días de iniciada la relación laboral su opción por el Sistema Nacional de Pensiones, en cuyo caso el empleador deberá afiliarlo a la AFP en la que tenga mas trabajadores.

jóvenes que empezaban su ciclo laboral y por ende las posibilidades de acopio a su cuenta individual se hacían mayores, para los trabajadores de menores ingresos o que ya habían cumplido los requisitos para adquirir una pensión en el SNP al momento de la afiliación al SNP, el traslado a este último sistema no les era favorable.

Siendo ese el contexto, las AFP fueron introducidas al mercado como la mejor alternativa respecto de las pensiones de seguridad social. Para tales efectos, se buscaron los mecanismos a través de los cuales era posible generar la mayor cantidad de afiliaciones al SPP, con lo cual no hubo reparo en parcializar o esconder información a los afiliados al SNP.

Un argumento que acompañó fuertemente a este desmedido recorte de información, fue el sostener que el SNP se encontraba en tal punto de declive que su cierre era inminente, por lo que el traspaso al SPP era la única alternativa posible. Evidentemente, ello ocasionó honda preocupación en los afiliados al SNP, motivando en muchos casos afiliaciones al SPP sin mayor conocimiento acerca de los beneficios y desventajas personales de tal afiliación.

Lamentablemente en múltiples casos la apresurada decisión adoptada no fue la más conveniente a los intereses de quienes la ejercieron, con el agravante que el afiliado solo apreciará en su verdadera dimensión el error incurrido al acercarse la oportunidad de su jubilación, oportunidad en la que el marco legal hará imposible la reversión de la afiliación al SPP.

Ante esta problemática social, en el seno del Congreso de la República se promueven diversas iniciativas legislativas[26] que buscan dar solución a la misma promoviendo la posibilidad de una desafiliación irrestricta, incluso, en algún caso, facultando el libre traslado del SPP al SNP y viceversa.

En medio de la diversidad de propuestas legales que venían surgiendo, en agosto de 2006, luego de la entrada del nuevo Gobierno Nacional, el Poder Ejecutivo propuso el proyecto de Ley N° 0026/2006-PE, en virtud del cual se postuló la posibilidad de acceder a la libre desafiliación del SPP y otorgar pensiones complementarias. Como se verá más adelante, este proyecto se habría de concretizar mediante la Ley N° 28991, Ley de

(26) Algunos claros ejemplos son el Proyecto N° 14393/2005-PE, de febrero de 2006, Proyecto N° 13288/2004-CR, de junio de 2005, Proyecto N° 12821/2004-CR, de abril de 2005, entre otros.

libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada.

Sin embargo, un mes antes de que esta ley fuera publicada, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que traería consigo la tan anhelada posibilidad de iniciar un procedimiento de desafiliación del SPP a fin de retornar, de manera válida, al SNP, tal como veremos a continuación.

3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY Nº 28991, LEY DE LIBRE DESAFILIACIÓN INFORMADA, PENSIONES MÍNIMA Y COMPLEMENTARIAS, Y RÉGIMEN ESPECIAL DE JUBILACIÓN ANTICIPADA

3.1. La sentencia del 26 de enero de 2007: establecimiento de los tres supuestos para iniciar el procedimiento de desafiliación

El 26 de enero de 2007 el TC emitió la sentencia –publicada en su portal electrónico el 9 de febrero de ese año– recaída en el proceso constitucional de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y la AFP Unión Vida (Expediente Nº 1776-2004-AA/TC), a través de la cual declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó tanto a la SBS como a la AFP Unión Vida el inicio del trámite de desafiliación del SPP, con la finalidad de que sea posible el retorno del demandante al SNP.

Es con esta sentencia[27] que el Tribunal Constitucional abre el camino a un nuevo criterio jurisprudencial, el cual, sorpresivamente, se alejó de la línea que había mantenido esta entidad en casos similares. En efecto, cabe recordar que en diversas sentencias[28] que precedentemente habían sido emitidas por el TC versando sobre temas similares, este había sido

(27) Que incluye la resolución de aclaración a la citada sentencia, emitida el 6 de marzo de 2007.

(28) Los procesos en los cuales el TC ha declarado improcedentes las demandas de acción de amparo en los que se solicita la desafiliación del SPP son los siguientes: Expedientes Nºs 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC, 2861-2003-AA/TC, 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-AA/TC, 2896-2003, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC, 2046-2004-AA/TC, entre otros.

expreso al señalar que las demandas cuya temática se centra en la nulidad de afiliación al SPP, deben ser declaradas improcedentes en vía constitucional, porque no hay una vulneración real a derechos constitucionales, lo que no habilita al acceso de la vía constitucional, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho para acudir a la vía civil ordinaria.

No obstante, en esta nueva sentencia se determinaron tres supuestos específicos, según los cuales todo afiliado al SPP podía retornar al SNP. Las alternativas de desafiliación brindadas por el TC son, básicamente, las siguientes: (i) si al momento de la afiliación al SPP ya se había alcanzado la posibilidad de acceder a una pensión en el SNP; (ii) si la afiliación al SPP se dio a consecuencia de una deficiencia en la información percibida por el afiliado; y (iii) si las labores desplegadas generan un peligro en la vida o la salud del afiliado.

Cabe señalar que esta sentencia no obtuvo la aprobación del pleno constitucional, razón por la cual no pudo ser instaurada como un precedente de observancia obligatoria.

3.1.1. La titularidad no ejercida del derecho a la pensión

Con relación a este primer supuesto, el Fundamento N° 36 de la sentencia estableció que:

> "Parece viable que si un trabajador ya cumplía con los requisitos para acceder a la pensión (ya tenía la titularidad del derecho), pero no lo había reclamado, y aun así se pasó al SPP, debe tener expedito el camino para regresar al SNP. Solo de esta forma la persona tendrá a su disposición un derecho que ya estaba en la esfera de su autonomía [...]".

De una primera lectura del texto citado, es posible entender que el TC se estaría refiriendo al derecho que la persona adquirió, antes de efectuar su traspaso al SPP, para acceder a una pensión en el SNP. No obstante, se hace la necesaria aclaración, dentro del Fundamento N° 37 de la sentencia, que para que ello sea viable deberá seguirse el procedimiento administrativo correspondiente.

Además, debe observarse que en la resolución aclaratoria a la sentencia se precisa que esta no tiene efecto alguno respecto del derecho a una pensión adelantada –a semejanza de la que se concede en el SNP– que tienen

algunos afiliados al SPP, en virtud a lo dispuesto por la Décimo Quinta Disposición Final y Transitoria de la Ley del Sistema Privado de Pensiones.

3.1.2. La falta de información

Un segundo supuesto –y quizás el de mayor acogida– fue focalizado en el elemento de la información como determinante al momento de promocionar la afiliación al SPP. Es decir, resultaría razonable que se admita la reversión de la afiliación si los potenciales afiliados no estuvieron suficientemente informados a efectos de adoptar la decisión de trasladarse del SNP al SPP.

Así, el TC contempla como segundo supuesto para el retorno parcial al SNP, aquel en el cual el afiliado careció de información adecuada, siendo que en el Fundamento N° 39 de la sentencia, el TC expone:

> "[...] el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP [...]".

A juicio del TC, este supuesto para retornar al SNP se fundamenta en la carencia de información sobre los beneficios, condiciones y características del SPP, con la que contaron aquellos afiliados que efectivizaron su traslado, pues existen un sinnúmero de denuncias sobre información incompleta e incluso adulteración de documentos y firmas

En esa misma línea, dentro del Fundamento N° 41 de la sentencia bajo comentario, el TC reconoce que la información es un bien indispensable en la configuración del Estado social y democrático de Derecho, señalando lo siguiente:

> "En consecuencia, toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Al proteger el Estado el interés de los usuarios como consecuencia de sus relaciones asimétricas con los proveedores (sentencia recaída en el Expediente N° 018-2003-

> AI/TC), debe promover la información y la educación respecto de aquellos, y *llevar a cabo una serie de conductas y actos que garanticen o amparen un estatus para los ciudadanos que corresponda con el de un Estado social y democrático de Derecho* [...]" (las cursivas son nuestras).

De lo anterior se aprecia la necesidad de que la información sea adecuada; necesidad que es amparada por el TC, puesto que ello se ve estrechamente enlazado con la configuración del Estado social y democrático de Derecho, toda vez que solo a partir de ella los ciudadanos podrán discernir y tomar decisiones que les resultan trascendentes, pues solo así es posible garantizar la subsistencia del Estado como tal.

Cabe señalar que dentro del criterio plasmado en la sentencia, el derecho a la información[29] dentro del ámbito previsional debe servir como la base del análisis del conocimiento que debieron tener aquellas personas que se adscribieron a las AFP, a fin de no verse perjudicadas en el ejercicio de su derecho fundamental a la pensión. La información debió expresarse tanto respecto a las características del SPP como respecto al bono de reconocimiento que se le otorgaba al afiliado, y todo parece indicar que las cosas no sucedieron tal como la norma fundamental lo exigía.

De otro lado, el TC expresa de manera enfática que:

> "[...] Efectivamente, la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no solo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión"[30].

El Tribunal es retórico al indicar que la ausencia de información atenta contra el derecho fundamental de ser informados en forma veraz y aun-

---

[29] Debe advertirse que este derecho se encuentra reconocido en el numeral 4 del artículo 2° de la Constitución, dotándose así de un carácter fundamental que lo hace inalienable a todo ciudadano.

[30] Fundamento N° 39 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC.

que la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el TC ha señalado en fallos precedentes que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz[31].

Además, el incumplimiento del Estado de brindar información a través de la SBS vicia de nulidad la manifestación de voluntad del afiliado que decidió trasladarse del SNP al SPP, generándose así la violación del derecho a la pensión. Esto último se debería a que la seguridad social goza de la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado y que posibilita la existencia del derecho mismo, por lo que su intervención es indispensable. En tal sentido, el Estado no podía dejar en manos de las AFP el manejo del sistema, por el contrario, le correspondía una participación activa controlando y brindando información a los usuarios.

En efecto, como refiere el TC debe quedar establecido que:

> "[...] el Estado no está cubriendo el servicio público de manera exclusiva, sino que existen empresas privadas que lo está acompañando. En este sentido, estas sociedades se encuentran en una posición privilegiada para el uso de la información con relación al usuario de las AFP, información que puede, en ciertos casos, perjudicar al usuario en la toma de decisiones con respecto a sus inversiones, utilización de la información, veracidad de la misma, para así llegar a la afiliación o desafiliación en un caso concreto. El Estado en su función tuitiva, y como primer obligado a satisfacer las necesidades pensionarias, no puede permanecer indiferente ante ello"[32].

Es claro que corresponde al Estado brindar al individuo información veraz, actual y completa de las ventajas y desventajas de permanecer en un sistema o en otro. No obstante, si tras el cumplimiento de la obligación de informar, el ciudadano hace una elección que no conviene a sus intereses no podría cuestionarse de modo alguno la actuación del Estado.

Cabe resaltar que la ley que ha sido recientemente promulgada en materia de desafiliación prevé la implementación de un bo-

(31) Fundamento N° 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC.

(32) Fundamento N° 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC.

letín informativo que garantice la remisión de información a los ciudadanos(33).

3.1.3. Riesgo de la vida o la salud por las condiciones laborales

Finalmente, el tercer supuesto que estipula el TC se encuentra recogido en el Fundamento N° 46 de la sentencia, según el cual:

> "[...] parece lógico que se deba reconocer el supuesto de personas cuyas labores impliquen riesgo para su salud o vida como motivo de retorno al SNP [...].
>
> Sin perjuicio de la protección que posean los trabajadores por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [...] es claro que no puede desconocerse ni despojarse de pensión a una persona en situación especial, pese a que existe supuestos de pensión anticipada y de renta vitalicia".

Al incluir este supuesto en los que se puede acceder a la desafiliación del SPP, el TC entiende que ello se justifica en el beneficio de la jubilación anticipada y el monto de la pensión, que le corresponde a los trabajadores adscritos al SNP que realizan actividades de riesgo que puedan generar daños en su vida o su salud.

La resolución aclaratoria de la sentencia del 26 de enero de 2007 se encarga de precisar que no debe confundirse la posibilidad de desafiliación por el riesgo de contraerse enfermedad profesional con la protección otorgada normativamente a través del seguro complementario de trabajo de riesgo, pues "[...] una cosa es el régimen legal por enfermedades profesionales y otra la enfermedad profesional acreditada como causal para el retorno parcial al SNP e inicio del trámite de desafiliación"(34).

---

(33) "**Artículo 15.- Información oportuna y eficiente**

El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el diario oficial *El Peruano* y en un diario de circulación masiva un "Boletín informativo" sobre las características, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión".

(34) Fundamento N° 5 de la resolución aclaratoria a la sentencia recaída en el Expediente N° 1766-2004-AA/TC.

3.2. La Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada

Tal como fue expuesto anteriormente, la sentencia del 26 de enero de 2007 fue publicada cuando de forma paralela en el Congreso de la República se venia discutiendo el Proyecto de Ley N° 0026/2006-PE relativo al tema de la libre desafiliación del SPP. Las expectativas que se tenían en el medio respecto de su aprobación eran elevadas, con lo que la publicación de una sentencia anticipando una futura y casi segura ley de parte del TC fue más que sorpresiva. De esa forma, y pese a la simultaneidad de la discusión en el Congreso Nacional, el TC decidió adelantar su pronunciamiento publicando la sentencia en referencia el 9 de febrero pasado.

Resulta pertinente comentar que a propósito de este anticipado pronunciamiento, en la sentencia del 26 de enero de 2007 los magistrados del TC que suscriben el voto en discordia se expresan críticamente respecto de la premura en la expedición de la sentencia cuando se venía discutiendo un proyecto sobre el mismo tema en el Congreso(35).

Ahora bien, este proyecto de ley fue concretizado en marzo de 2007, mediante la promulgación de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, la misma que recogía parcialmente lo propuesto por el TC a través de la sentencia publicada un mes antes.

La discrepancia entre los términos de la sentencia y la ley radicó en que a diferencia de la sentencia, la ley solo consignó dos de los tres supuestos adelantados por el TC –el haber alcanzado la titularidad de la pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP y el peligro en la vida o la salud del afiliado–.

Respecto de la información, la ley solo se pronunció a futuro. Así, implementó la obligación a todas las AFP para que desde el momento de la entrada en vigencia de dicha norma, se brinde la información debida y adecuada a quienes deseen afiliarse a una de ellas, mas no se ocupó del

(35) "[...] a fin de evitar posibles contradicciones entre lo que estableciera el TC y lo que pudiera aprobar el Congreso de la República, que derivarían en tratamientos diferenciados para los interesados, debe preservarse nuestra jurisprudencia para mantener un trato igualitario" (voto singular de los Magistrados García Toma y Mesía Ramírez).

tema de aquellos que alegaban falta de información como la consecuencia de su deseo de desafiliarse del SPP.

3.3. La sentencia del 31 de abril de 2007: el Tribunal Constitucional logra instaurar un precedente vinculante en torno a la desafiliación del SPP

Siendo ese el panorama propuesto por el Congreso de la República, y dado que la primera sentencia emitida por el TC donde se postularon los tres supuestos para acceder al procedimiento de desafiliación no pudo ser consolidada como precedente vinculante, los Magistrados del TC emiten una nueva sentencia el 31 de abril de 2007 con mayoría calificada.

Así, el TC publicó en su portal electrónico esta nueva sentencia el 4 de mayo de 2007, la misma que recayó en el Expediente N° 07281-2006-AA. Esta segunda sentencia fue la respuesta inmediata a la promulgación de la Ley N° 28991, donde se puede advertir que el TC deja de lado el rol de ente proponente, para transformarlo en un papel imperativo, según el cual pretende "imponer" al Poder Ejecutivo que al reglamentar la Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, regule adicionalmente un supuesto de desafiliación del SPP contenido en su sentencia del 26 de enero de 2007 que no fue contemplado expresamente como tal por la Ley N° 28991.

Resulta claro que la sentencia del 31 de abril de 2007 centraliza su atención en la búsqueda de un razonamiento que explique los motivos por los cuales el Poder Ejecutivo debió y debería incluir el supuesto de la falta de información dentro de los alcances de la Ley N° 28991.

Al respecto, los magistrados del TC esbozan una línea de análisis sobre la cual plantean que la inclusión del supuesto de falta de información dentro del marco de aplicación de la Ley N° 28991 se encuentra debidamente fundamentado por nuestra Constitución, específicamente en su artículo 65°, según el cual se consagra el derecho de las personas a tomar decisiones informadas.

En igual sentido, el TC pone en evidencia el vínculo estrecho que existe entre la falta de información como presupuesto para iniciar el procedimiento de desafiliación, con el derecho de acceso a la pensión, en el sentido que como es sabido el contenido esencial de tal derecho se en-

cuentra conformado por el libre acceso o retiro de ella, razón por la cual solo será posible la ejecución efectiva de tal derecho sobre la base de una decisión razonablemente informada.

Acorde a ello, los magistrados del TC *imponen la obligación*(36) de que la causal de falta de información sea considerada como un supuesto para acceder al procedimiento de desafiliación.

Importa señalar que, por otro lado, la sentencia recaída en el Expediente N° 07281-2006-AA/TC encuentra una diferencia sustancial con su similar del 26 de enero de 2007, toda vez que la del 31 de abril de 2007 es calificada como precedente vinculante con relación a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación, puesto que es suscrita por cinco magistrados.

Con ello, se indica que la relación entre la Ley N° 28991 y el precedente vinculante, será una de integración jurídica pero no de jerarquía o de exclusión.

Finalmente, los cinco Magistrados que suscriben la sentencia se pronuncian respecto de cual será el procedimiento a seguir a efectos de darle aplicación efectiva a los contenidos de la ley y de la propia sentencia. En principio, el procedimiento deberá ser regulado por el reglamento de la Ley N° 28991; no obstante, mientras dicho cuerpo legal es expedido, el TC considera necesaria la aplicación supletoria del procedimiento establecido en el artículo 52° de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, en lo que sea pertinente, toda vez que la eficacia de los derechos fundamentales que ampara el procedimiento de desafiliación recogido por la ley y por la sentencia, no puede quedar mediatizado. Cabe señalar que se establece como precedente vinculante tales pautas referidas al procedimiento de desafiliación que serán de aplicación inmediata.

A pesar del claro mandato del Tribunal Constitucional, el Reglamento de la Ley N° 28991, aprobado por el Decreto Supremo N° 063-2007-EF, no regula ni reglamenta el supuesto de la falta de información suficiente a efectos del ejercicio de la facultad de traslado de un sistema a otro como uno de procedencia de la desafiliación del SPP. Por el contrario, este reglamenta únicamente los dos supuestos recogidos por la ley.

---

(36) A través de los Fundamentos N°s 23 y 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07281-2006-AA/TC, es posible evidenciar esta clara imposición que el TC consigna en el último pronunciamiento publicado, respecto del tema de la desafiliación.

Ante dicho proceder del Poder Ejecutivo, la reacción del Tribunal Constitucional fue inmediata. Así, al día siguiente de la publicación del Reglamento de la Ley N° 28991, el TC publica en la gaceta de jurisprudencia del diario oficial *El Peruano* una serie de sentencias a través de las cuales resuelve demandas de amparo iniciadas por afiliados del SPP a fin de buscar su retorno al SNP, sobre la base del supuesto de la falta de información suficiente, declarándolas fundadas.

Este es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 6244-2005-AA/TC, correspondiente al proceso seguido por el señor Víctor Samaniego Serrón, según la cual se declara fundada la demanda de amparo, en virtud de que el petitorio de la misma se concentró en la alegación de información engañosa de parte de los promotores de la AFP que lo afiliaron al SPP. Es decir, la demanda se declara fundada en virtud del supuesto de la falta de información suficiente, instituido por la sentencia 1776-2004-AA[37].

Asimismo, tenemos que el TC declara fundada la demanda de amparo interpuesta por el señor Luis Alfonso Portilla Jacobo contra la AFP Integra (Expediente N° 2655-2006-AA/TC) sobre la base de que el demandante alegó haber sido presionado por su empleador a fin de que se trasladará al SPP, configurándose así una omisión de información relevante, lo cual, a su vez, recae en el supuesto de la falta de información suficiente[38].

En esa misma línea, es posible encontrar diversas y variadas sentencias del TC publicadas en la gaceta de jurisprudencia constitucional del

---

[37] El Fundamento N° 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 06244-2005-AA/TC señala que: "En el presente caso, el recurrente aduce que '*debido a la [...] engañosa propaganda de los promotores del Sistema Privado de Pensiones, me convertí en uno de sus afiliados, desconociendo que su único fin es el de captar clientes a fin de ganar su comisión, sin importarles el daño que causan a personas que como yo, por falta de información idónea, desconocemos alcances legales del sistema y confiamos en lo que maliciosamente nos ofrecen*' (escrito de demanda de fojas 9); configurándose así un caso de omisión de datos por parte de los demandados hacia los usuarios" (las cursivas son nuestras).

[38] El Fundamento N° 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2655-2006-AA/TC señala que: "En el presente caso, el recurrente aduce en su escrito de expresión de agravios que '*es falso que ingresamos libre y voluntariamente al Sistema Privado de Pensiones, como la gran mayoría resultamos presionados por el empleador y engañados por los promotores de inscripción*'; configurándose así un caso de omisión de datos por parte de los demandados hacia los usuarios (las cursivas son nuestras).

diario oficial *El Peruano* a partir del 31 de mayo de 2007 –día siguiente de la publicación del Reglamento de la Ley N° 28991– las mismas que establecen qué casos se encuentran dentro del supuesto de falta de información suficiente y cuales no, siendo los más resaltantes aquellos en los que el demandante alega una información distorsionada (sentencia recaída en el Expediente N° 10339-2005-PA/TC), información deficiente (sentencia recaída en el Expediente N° 3731-2006-PA/TC), entre otras.

Como puede apreciarse, la omisión a la regulación del supuesto de la falta de información suficiente en el Reglamento de la Ley N° 28991 ha sido respondida de forma contundente e inmediata por el TC, reafirmando el supremo intérprete de la Constitución su plena validez y vigencia como causal habilitante de la libre desafiliación del SPP.

4. LOS POSTERIORES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE LOS SUPUESTOS INSTAURADOS EN SUS ANTERIORES SENTENCIAS

Luego de que el TC logró imponer un precedente vinculante respecto de la posibilidad de acceder a un procedimiento de desafiliación, este se encontró facultado para resolver aquellas acciones de amparo que habían sido interpuestas por diversos afiliados al SPP a fin de obtener un pronunciamiento favorable que acoja su pretensión de revertir supuestas vulneraciones a derechos constitucionales, que no eran otra cosa que la implementación de un mecanismo que habilitara la desafiliación.

En ese sentido, de forma inmediata posterior a la sentencia del 31 de abril de 2007, el TC emite una serie de sentencias que declaran fundadas las demandas de amparo, y en consecuencia habilitan el inicio del procedimiento de desafiliación de los demandantes favorecidos con tales pronunciamientos.

Como hemos tenido oportunidad de señalar, estas sentencias se vienen dando independientemente de lo establecido por la Ley N° 28991,

Tomando en consideración tales alegatos, el pedido del recurrente se encuentra dentro del supuesto b indicado en el fundamento primero de la presente, motivo por el cual se debe declarar fundada la demanda en cuanto al inicio del trámite de desafiliación, y se ha de ordenar a las entidades encargadas de dicho trámite habiliten tal procedimiento a favor del demandante" (las cursivas son nuestras).

que como se recordará solo amparaba dos supuestos para iniciar el trámite de la desafiliación.

Pues bien, estos pronunciamientos que vienen siendo publicados por el TC en su portal electrónico merecen ser comentados, toda vez que si bien se sustentan en los tres supuestos consignados en la sentencia del 26 de enero de 2007, el catálogo real que se muestra es mucho más amplio, puesto que de la revisión de tales fallos pueden apreciarse una serie de "subsupuestos" (por llamarlos de alguna manera) a través de los cuales la desafiliación solicitada es amparada.

4.1. Distorsionada información

Quizás uno de los fundamentos más recurridos por el TC a fin de declarar fundadas varias demandas de amparo que solicitan la posibilidad de desafiliación del SPP es el que establece que el demandante alega haber sido víctima de "deficiente información" o de "deficiente y engañosa información" lo cual origina una causal denominada por el propio TC como de "distorsionada información"(39).

(39) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los siguientes Expedientes N°s: 3731-2006-PA, 5915-2006-PA, 10339-2005-PA, 2131-2006-PA, 4133-2006-PA, 2945-2006-AA, 3375-2006-AA, 1735-2006-AA, 0999-2006-AA, 2449-2006-AA, 3133-2006-AA, 3907-2006-AA, 3903-2006-AA, 3343-2006-AA, 0863-2006-AA, 1122-2007-AA, 2019-2006-AA, 3513-2006-AA, 4139-2006-AA, 0853-2006-AA, 1261-2006-AA, 3525-2006-AA, 4489-2006-AA, 4067-2006-AA, 4063-2006-AA, 4427-2006-AA, 0883-2006-AA, 3043-2006-AA, 3043-2006-AA, 2499-2006-AA, 1709-2006-AA, 6090-2004-AA, 2989-2006-AA, 6877-2006-AA, 2559-2006-AA, 2961-2006-AA, 3137-2006-AA, 2549-2006-AA, 4499-2006-AA, 0927-2006-AA, 4511-2006-AA, 1689-2006-AA, 3669-2006-AA, 1609-2006-AA, 3183-2006-AA, 3357-2006-AA, 4238-2004-AA, 3749-2004-AA, 3731-2006-AA, 5915-2006-AA, 1438-2007-AA,2326-2005-AA, 5146-2005-AA, 1857-2005-AA, 1098-2005-AA, 1388-2007-AA, 1550-2007-AA, 9336-2005-AA, 1456-2007-AA, 1176-2007-AA, 1707-2007-AA, 1552-2007-AA, 1479-2007-AA, 1560-2007-AA, 1808-2007-AA, 1730-2007-AA, 1366-2007-AA, 1594-2007-AA, 1554-2007-AA, 1536-2007-AA, 1168-2007-AA, 1698-2007-AA, 1352-2007-AA, 4171-2006-AA, 10470-2006-AA, 9598-2006-AA, 9830-2006-AA, 10464-2006-AA, 9444-2006-AA, 9974-2006-AA, 10148-2006-AA, 9618-2006-AA, 10354-2006-AA, 9264-2006-AA, 9772-2006-AA, 10536-2006-AA, 10230-2006-AA, 9950-2006-AA, 9804-2006-AA, 1217-2007-AA, 1212-2007-AA, 1138-2006-AA, 5660-2006-AA, 2632-2006-AA, 8663-2006-AA, 3324-2006-AA, 8609-2006-AA, 1786-2006-AA, 0450-2006-AA, 3162-2006-AA, 4156-2006-AA, 4984-2006-AA, 5146-2006-AA, 8682-2006-AA, 4380-2006-AA, 5650-2006-AA, 3038-2006-AA, 4834-2006-AA, 3248-2006-AA, 3208-2006-AA, 5776-2006-AA, 2950-2006-AA, 2656-2006-

Este supuesto ha sido calificado como parte de la segunda causal consignada en la sentencia del 26 de enero de 2007, respecto a la falta de información. En ese entendido, el Tribunal considera que las demandas deben ser declaradas fundadas sosteniendo que las mismas se encuentran válidamente dentro de los cauces estipulados por la referida sentencia.

Ahora bien, un punto que resulta importante señalar es que en muchos de los casos donde las demandas de amparo han sido declaradas fundadas por "distorsionada información" encontramos que la exposición de los fundamentos, es decir, la exposición de la causal, no se encuentra en el texto propio de la sentencia, sino que esta explicación es consignada en los votos singulares de los magistrados que acompañan a la mayoría de las sentencias.

4.2. Inducción a la afiliación

Una segunda causal empleada por el Tribunal para declarar fundadas las demandas de amparo, es aquella por la cual se establece que el demandante sostiene haber sido inducido por los promotores de las AFP al traspaso, toda vez que estos advertían la futura desaparición del Sistema Nacional de Pensiones con la consiguiente pérdida de las aportaciones al régimen previsional(40).

AA, 5662-2006-AA, 2630-2006-AA, 1026-2006-AA, 1218-2006-AA, 1453-2006-AA, 5722-2006-AA, 2686-2006-AA, 4132-2006-AA, 3952-2006-AA, 5656-2006-AA, 2624-2006-AA, 8622-2006-AA, 2852-2006-AA, 5582-2006-AA, 2550-2006-AA, 2812-2006-AA, 8552-2006-AA, 5520-2006-AA, 3470-2006-AA, 0166-2006-AA, 4442-2006-AA, 7438-2006-AA, 4685-2006-AA, 7680-2006-AA, 1046-2006-AA, 1028-2006-AA, 2301-2006-AA, 7059-2006-AA, 6580-2006-AA, 4564-2006-AA, 7015-2006-AA, 8575-2006-AA, 4770-2006-AA, 0458-2006-AA, 0806-2007-AA, 7715-2006-AA, 5142-2006-AA, 1102-2006-AA, 4675-2006-AA, 0754-2007-AA, 0714-2007-AA, 8639-2006-AA, 7350-2006-AA, 8590-2006-AA, 0902-2007-AA, 0876-2007-AA, 1485-2006-AA, 0473-2006-AA, 1710-2006-AA, 6420-2006-AA, 7682-2006-AA, 4905-2006-AA, 7642-2006-AA, 8603-2006-AA, 28442006-AA, 7598-2006-AA, 10300-2006-AA, 0612-2007-AA, 0859-2007-AA, 0732-2006-AA, 0833-2007-AA, 7724-2006-AA, 7690-2006-AA, 0716-2007-AA, 7094-2006-AA , 0592-2006-AA, 2046-2006-AA, entre otras.

(40) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los siguientes Expedientes N°s: 8326-2005-PA, 9898-2005-AA, 4485-2005-AA, 8190-2005-AA, 9774-2005-AA, 4383-2005-AA, 8307-2005-AA, 4756-2005-AA, 6445-2005-AA, 8337-2005-AA, 4035-2005-AA, 8326-2005-AA, 8315-2005-AA, 5010-2005-AA, 4201-2005-AA, 4683-2005-AA, 8139-2005-AA, 9684-2005-AA, 5084-2005-AA, 6752-2005-AA, 9686-2005-AA, entre otras.

Como resulta evidente, en estos casos la deficiencia de la información brindada a los afiliados encaja perfectamente con la segunda causal establecida en la sentencia del 26 de enero de 2007, en virtud de la cual el TC declara fundadas las demandas de amparo.

4.3. Omisión de datos

En conexión con los supuestos anteriores, encontramos sentencias que han sido declaradas fundadas sobre la base de una falta de información tal cual es consignado por el propio supuesto instaurado por el TC en la sentencia del 26 de enero de 2007, así como en la del 31 de abril de 2007.

No obstante, lo novedoso de estas sentencias recae en que los magistrados han determinado que la solicitud de desafiliación debe proceder por una causal que han denominado "Omisión de datos"(41), causal que busca reflejar la carencia de información con la que se encontraron aquellos que se afiliaron apresuradamente al SPP, sin conocer realmente las ventajas y desventajas de este sistema frente al SNP.

Dentro de este supuesto es posible encontrar igualmente que varias de las sentencias vienen acompañadas por votos singulares, donde los magistrados expresan su conformidad con el voto mayoritario o, por el contrario, su alejamiento al criterio seguido por sus colegas.

4.4. Haber alcanzado el derecho a una pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP

De otro lado, es posible advertir que algunas sentencias que vienen siendo publicadas en el portal electrónico del Tribunal Constitucional y que disponen declarar fundadas las demandas, concentran su fundamentación jurídica en el primer supuesto recogido por la sentencia del 26 de

(41) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los siguientes Expedientes N°s: 5777-2006-AA, 3041-2004-AA, 1769-2004-AA, 4499-2004-AA, 0409-2004-AA, 8409-2005-AA, 4865-2005-AA, 8051-2005-AA, 6594-2005-AA, 8876-2005-AA, 8243-2005-AA, 8221-2005-AA, 6484-2005-AA, 4137-2005-AA, 1109-2005-AA, 6592-2005-AA, 4746-2004-GAA, 4488-2004-AA, 3028-2004-AA, entre otras.

enero de 2007, esto es, haber alcanzado la titularidad de una pensión antes de la afiliación al SPP[42].

Consideramos que esta causal busca dotar de una protección especial a aquellos que pudiendo haber logrado obtener una pensión en el SNP se afiliaron al SPP, ya sea por presión o por desconocimiento de las ventajas o desventajas que este nuevo sistema podía proporcionarles en comparación con el SNP.

4.5. Otras causales

Luego de haber hecho una reseña de los "subsupuestos" más recurridos por el TC al declarar fundadas las acciones de amparo que facultan la desafiliación del SPP, consideramos pertinente mencionar algunos otros que han sido especialmente denominados por el propio TC para encasillar cada caso en uno de los tres supuestos para acceder a la "libre" desafiliación del SPP.

Así, en este catálogo de "subsupuestos" pueden considerarse:

- Engaño del promotor de la AFP[43].
- Error ocasionado por la campaña publicitaria de las AFP, así como el incondicional y desmedido apoyo político de parte del Estado[44].
- Falta de información idónea[45].
- Haber sido ilegalmente incorporado[46].
- Inconsultamente afiliados[47].

---

(42) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los siguientes Expedientes N°s: 2182-2004-AA, 3063-2004-AA, 0476-2005-AA, 1293-2005-AA, 0349-2005-AA, 5822-2005-AA, 7681-2005-AA, 1374-2007-AA, entre otras.

(43) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 0414-2005-AA.

(44) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 8000-2005-AA.

(45) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 9959-2005-AA y 9974-2005-AA.

(46) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 0758-2005-AA.

(47) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 2099-2004-AA.

- Indebidamente informados[48].
- Información oculta[49].
- Información insuficiente[50].

Al respecto, cabe apreciar que el TC califica a esta diversidad de situaciones que generan que se declare fundada la demanda como parte integrante del supuesto habilitante relativo a la falta de información.

Ahora bien, debe observarse que si bien es cierto que casi la totalidad de estos otros "subsupuestos" antes detallados refieren a situaciones donde la carencia de información es predominante, encontramos que hay dos casos que no se relacionan con ello –haber sido ilegalmente incorporados y haber sido inconsultamente afiliados–, y sin embargo se procede a la promulgación de una sentencia favorable sobre la base al supuesto de falta de información.

4.6. Sentencias sin motivación

Un número significativo de sentencias son aquellas que han sido publicadas sin mayor contenido que el resumen del caso en general[51]. Es decir, del propio texto de ellas solo es posible desprender datos relaciona-

---

(48) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 6724-2005-AA y 7660-2005-AA.

(49) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 6871-2005-AA.

(50) Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 8592-2005-AA.

(51) Tal es el caso de las sentencias recaídas en los siguientes Expedientes N°s: 5589-2005-AA, 2971-2004-AA, 3211-2004-AA, 2972-2004-AA, 4158-2004-AA, 3367-2004-AA, 2900-2004-AA, 3584-2004-AA, 3577-2004-AA, 3725-2004-AA, 2970-2004-AA, 1479-2005-AA, 3102-2005-AA, 2849-2005-AA, 1528-2005-AA, 0719-2005-AA, 3077-2005-AA, 0593-2005-AA, 0579-2005-AA, 0535-2005-AA, 1525-2005-AA, 5274-2005-AA, 2913-2005-AA, 1573-2005-AA, 5573-2005-AA, 5559-2005-AA, 1526-2005-AA, 1088-2005-AA, 6895-2005-AA, 0580-2005-AA, 5887-2005-AA, 7057-2005-AA, 7319-2005-AA, 7507-2005-AA, 9207-2005-AA, 3444-2005-AA, 3437-2005-AA, 5914-2005-AA, 5910-2005-AA, 7603-2005-AA, 7875-2005-AA, 6863-2005-AA, 8563-2005-AA, 8803-2005-AA, 5948-2005-AA, 9693-2005-AA, 0310-2005-AA, 7865-2005-AA, 0244-2005-AA, 8819-2005-AA, 6206-2005-AA, 4112-2005-AA, 3925-2005-AA, 5632-2005-AA, 7063-2005-AA, 7005-2005-AA, 8547-2005-AA, 5790-2005-AA, 3447-2005-AA, 8713-2005-AA, 9143-2005-AA, 8941-2005-AA, 5913-2005-AA, 3405-2004-AA, 9817-2005-AA, entre otras.

dos a lo que alega literalmente el demandante (afectación a sus derechos fundamentales), así como lo acontecido en las instancias inferiores.

De esa manera, el TC ha empezado a declarar fundadas una serie de acciones de amparo, sin justificar el supuesto por el cual procedería el inicio del trámite de desafiliación, lo cual evidencia una clara vulneración al requerimiento de que toda sentencia debe encontrarse debidamente fundamentada y razonada, de lo contrario, esta sería perfectamente cuestionable.

En ese orden de ideas, con tal proceder se estaría vulnerando lo establecido por el Código Procesal Constitucional, cuando en su artículo 17° señala:

> **"Artículo 17°.- Sentencia**
>
> La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:
>
> 1. La identificación del demandante.
> 2. La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.
> 3. La determinación precisa del Derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida.
> 4. *La fundamentación que conduce a la decisión adoptada.*
> 5. La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto" (las cursivas son nuestras).

Esta situación genera un ambiente de incertidumbre, toda vez que al emitirse fallos sin mayor fundamentación no habría forma de predecir certeramente el criterio que estaría acuñando el Tribunal Constitucional en la materia bajo comentario, máxime si son múltiples los procesos de garantía pendientes de pronunciamiento por parte del Tribunal.

4.7. Sentencias infundadas

Luego de haber detallado todas las causales por las cuales el TC está declarando fundadas las acciones de amparo en torno a la libre desafilia-

ción del SPP, resulta de interés poner de relieve que existen fallos del TC por los que se declaran infundadas tales demandas.

Así, los magistrados del TC califican estas solicitudes como infundadas sobre determinados fundamentos, los cuales se concentran básicamente en que tales demandas de desafiliación no se encuentran dentro de los supuestos consignados por la sentencia del 26 de enero de 2007[52], razón por la cual no puede habilitarse el inicio del procedimiento de desafiliación.

Ahora bien, debe anotarse que al igual que en el caso de diversas sentencias que declaran fundadas las demandas sin expresar mayor motivación, existe un significativo número de pronunciamientos que declaran infundadas las demandas sin expresar la razón por la cual la pretensión es rechazada[53], limitándose el TC a resumir el caso, así como lo resuelto por las instancias inferiores.

[52] Tal es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 5370-2005-AA, 8159-2005-AA, 1765-2006-AA, entre otras.

[53] Tal es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 3608-2005-AA, 0493-2005-AA, 1262-2005-AA, 4017-2004-AA, 4024-2004-AA, 3733-2004-AA, entre otras.

LA/01/56/2013

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora Jurídica Grijley <grijley@speedy.com.pe>,
en el mes de marzo de 2008.

ISBN: 978-9972-04-178-5



Editora Jurídica Grijley