SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Libro Homenaje a
MARIO PASCO COSMÓPOLIS

"Algunos amigos míos dicen que uno de mis peores defectos es que me falta un poco de locura. Quizás tengan razón. Pero es que no me han visto nunca en un estadio. El autor de estas líneas, durante un partido, es un tifoso más; el circunspecto abogado, un simple torcedor; el profesor universitario, un verdadero 'hoolligan'"(*).

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

(*) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Fútbol", artículo publicado en *El Comercio*, Lima, 26 de junio de 1994, y reproducido en *Cincuenta artículos perecibles*, Lima, 2001.

Libro Homenaje a
Mario Pasco Cosmópolis

PRIMERA EDICIÓN
MARZO 2015

1000 ejemplares

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

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL
DEL PERÚ
2015-04633

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED
REGISTRO DE PROYECTO
EDITORIAL
11501221500422

DISEÑO DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Miguel Ángel Salinas Arica

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
RUC Nº 20108098512
Av. Víctor Andrés Belaunde Nº 395
San Isidro, Lima

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

ÍNDICE

Nómina de colaboradores 13

Curriculum vitae 15

Presentación: Jaime Zavala Costa, Alfonso de los Heros Pérez Albela y Raúl G. Saco Barrios..... 49

Semblanza: La contribución de Mario Pasco al Derecho Laboral Peruano. Jaime Zavala Costa y Carlos Guillermo Morales 53

TESTIMONIOS DE AMISTAD

Mario Memorias. Fernando Elías Mantero..... 69

Recuerdo del amigo. Víctor Ferro Delgado. 73

Testimonio de amistad. Pedro Morales Corrales 79

Mario Pasco Cosmópolis. Germán Ramírez Gastón Ballón..... 83

Carta al Amigo. Jaime Zavala Costa..... 87

ESTUDIOS

CÉSAR ABANTO REVILLA

El Sistema Privado de Pensiones en el Perú: críticas a su implementación, dos décadas después..... 95

DIANA ACOSTA JARAMILLO

Diferenciación entre las acciones positivas y las otras medidas legales de tutela contra la discriminación de la mujer en el ámbito laboral 113

RAFAEL F. ALBURQUERQUE

Derecho Constitucional del Trabajo..... 123

BEATRIZ ALVA HART

La responsabilidad social y las prácticas laborales..... 141

VICTORIA AMPUERO DE FUERTES

La rebeldía en el proceso laboral 153

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva..... 163

ÓSCAR ANDRÉS BLANCO RIVERA

Los principios de progresividad, condición más beneficiosa, favorabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. A Mario Pasco Cosmópolis, *in memoriam* 181

IRMA BONTES CALDERÓN

Luces y sombras del nuevo proceso laboral: un enfoque internacional..... 203

CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA

Sustrato ideológico de la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (Venezuela)..... 213

MARTÍN CARRILLO CALLE

El arbitraje laboral potestativo incausado 225

NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Ámbito de la responsabilidad del empleador en caso de accidentes de trabajo 245

ADOLFO CIUDAD REYNAUD

La inconstitucionalidad de la Ley del Servicio Civil. Razones que sustentan su expulsión del ordenamiento jurídico 257

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI

Presente y futuro del despido discriminatorio en la jurisprudencia argentina ... 273

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

¿Tiene solución la economía sumergida? Un ejemplo de reforma inoperante en la legislación laboral española..... 281

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA

Acuerdos comerciales y derechos laborales fundamentales 295

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

La autonomía del proceso laboral. A propósito de la Ley 29497..... 311

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

Aporte de Mario Pasco Cosmópolis al Derecho Procesal del Trabajo 327

ADRIÁN GOLDIN

El Derecho colectivo del Trabajo argentino; rasgos y tensiones 341

CÉSAR GONZÁLES HUNT

La nivelación pensionaria: beneficio de pocos, perjuicio de muchos..... 355

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES

La evolución y decantamiento del régimen laboral público en el Perú y breve aproximación al tratamiento de las compensaciones en la Ley del Servicio Civil Nº 30057..... 375

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Principios orientadores para solucionar los problemas de aplicación temporal de la legislación laboral 391

HÉCTOR ARMANDO JAIME MARTÍNEZ

Una ley de transición: la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras de Venezuela..... 405

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS

Transparencia sindical: retos operativos y normativos..... 421

GABRIELA LANATA FUENZALIDA

El daño moral por lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido del trabajador y el nuevo proceso laboral 437

RICARDO MARCENARO FRERS

Los derechos laborales en la Constitución de 1993 y la importante contribución y defensa de Mario Pasco Cosmópolis 453

MAURICIO MATOS ZEGARRA

El control de las comunicaciones electrónicas por parte del empleador 473

MARTHA ELISA MONSALVE CUÉLLAR

El trabajador autónomo en Colombia 483

ALFREDO MONTOYA MELGAR

La huelga en los servicios esenciales en España: doctrina constitucional y perspectivas legislativas 497

CARLOS GUILLERMO MORALES

Los principios del nuevo regimen disciplinario. A propósito de su omisión en la Nueva Ley del Servicio Civil y la función de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil 511

EMILIO MORGADO VALENZUELA

El principio de buena fe y las prácticas desleales en las instituciones de Derecho Colectivo del Trabajo en Chile 529

ÍTALO MÓRTOLA

Tratamiento laboral, tributario individual y de seguridad social del beneficio derivado de un plan de *stock options* 547

ROLANDO MURGAS TORRAZZA

La delimitación del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. 559

JAVIER NEVES MUJICA

Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores 573

LUZ PACHECO ZERGA

Los principios del Derecho del Trabajo 589

ANDRÉS PÁEZ BENALCÁZAR

La oralidad y los principios del Derecho Procesal del Trabajo: análisis comparativo de las legislaciones de Ecuador y España 609

MARIO PASCO LIZÁRRAGA

Proceso moderno, principios válidos, inspección moderna 621

LUIGINO PILOTTO CARREÑO

El régimen administrativo de servicios. El primer paso a la formalización laboral del Estado 633

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS

La extinción de la relación laboral y la subcontratación 643

SERGIO QUIÑONES INFANTE

Tiempo y trabajo: relaciones entre políticas de tiempo, jornada de trabajo y vida familiar 659

JUAN RASO DELGUE

Trabajo decente y derechos humanos laborales 675

DANIEL RIVAS

La guardia de retén en el Derecho Laboral uruguayo 691

JORGE ROSENBAUM RÍMOLO

Trabajo decente, formación profesional y autonomía colectiva: una trilogía indisociable 711

ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO

La enseñanza del Derecho de la Seguridad Social en el siglo XXI 731

RAÚL G. SACO BARRIOS

La "teoría del caso" en los procesos orales laborales 745

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

La subcontratación en México: alcances e interrogantes..... 769

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

La inaplicación parcial del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo español: puntos críticos..... 779

JEAN-MICHEL SERVAIS

El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis 795

FRANCISCO J. TAPIA GUERRERO

El modelo de juicio del trabajo en la reforma laboral procesal chilena..... 811

MICHELE TIRABOSCHI

El desempleo juvenil en tiempos de crisis: ¿una advertencia a Europa (continental) para refundar el Derecho del Trabajo? 823

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

La eficacia de las sentencias laborales en la Nueva Ley Procesal del Trabajo 843

DANIEL ULLOA MILLARES

El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición..... 861

MICHAEL VIDAL SALAZAR

La oralidad y el nuevo proceso laboral peruano 875

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

La intervención estatal en la libertad sindical en América Latina: los planos orgánico y tutelar 895

LUIS VINATEA RECOBA

Acerca de la defensa en el proceso 914

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2013-2015

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

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

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

Matos Zegarra, Mauricio
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Ospina Salas, Estela
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Lizárraga, Mario
Pizarro Díaz, Mónica
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Tsuboyama Shiohama, Liliana Pilar
Ugaz Olivares, Mauro
Vidal Bermudez, Álvaro
Vilchez Garcés, Lidia
Villacorta Ramírez, Edmundo
Vinatea Recoba, Luis
Zavaleta Cruzado, Róger Enrique
Mayorga Miranda, Víctor
Mendoza Legoas, Luis
Morales González, Néstor
Mortola Flores, Italo Román
Núñez Paz, Sandro
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Toledo Toribio, Omar
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Salazar, Michael
Vilela Espinosa, Anna
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zavala Costa, Jaime

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

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

NÓMINA DE COLABORADORES

ABANTO REVILLA, César (Perú)
ACOSTA JARAMILLO, Diana (Ecuador)
ALBURQUERQUE, Rafael F. (República Dominicana)
ALVA HART, Beatriz (Perú)
AMPUERO DE FUERTES, Victoria (Perú)
BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (Perú)
BLANCO RIVERA, Óscar Andrés (Colombia)
BONTES CALDERÓN, Irma (Venezuela)
CARBALLO MENA, César Augusto (Venezuela)
CARRILLO CALLE, Martín (Perú)
CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier (Perú)
CIUDAD REYNAUD, Adolfo (Perú)
CONFALONIERI, Juan Ángel (Argentina)
DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (España)
DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso (Perú)
ELÍAS MANTERO, Fernando (Perú)
ESPINOZA ESCOBAR, Javier H. (Perú)
FERRO DELGADO, Víctor (Perú)
GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo (Perú)
GOLDIN, Adrián (Argentina)
GONZÁLEZ HUNT, César (Perú)
GONZÁLEZ NIEVES, Orlando (Perú)
HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar (Venezuela)
JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando (Venezuela)
KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (México)
LANATA FUENZALIDA, Gabriela (Chile)
MARCENARO FRERS, Ricardo (Perú)

MATOS ZEGARRA, Mauricio (Perú)
MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elizabeth (Colombia)
MONTOYA MELGAR, Alfredo (España)
MORALES CORRALES, Pedro (Perú)
MORALES MORANTE, Carlos Guillermo (Perú)
MORGADO VALENZUELA, Emilio (Chile)
MÓRTOLA, Ítalo (Perú)
MURGAS TORRAZZA, Rolando (Panamá)
NEVES MUJICA, Javier (Perú)
PACHECO ZERGA, Luz (Perú)
PÁEZ BENALCÁZAR, Andrés (Ecuador)
PASCO LIZÁRRAGA, Mario (Perú)
PILOTTO CARREÑO, Luigino (Perú)
PUNTRIANO ROSAS, César (Perú)
QUIÑONES INFANTE, Sergio (Perú)
RAMÍREZ GASTÓN BALLÓN, Germán (Perú)
RASO DELGUE, Juan (Uruguay)
RIVAS, Daniel (Uruguay)
ROSENBAUM RIMOLO, Jorge (Uruguay)
RUIZ MORENO, Ángel Guillermo (México)
SACO BARRIOS, Raúl G. (Perú)
SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo (México)
SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (España - Perú)
SERVAIS, Jean-Michel (Francia)
TAPIA, Francisco (Chile)
TIRABOSCHI, Michele (Italia)
TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (Perú)
ULLOA MILLARES, Daniel (Perú)
VIDAL SALAZAR, Michael (Perú)
VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo (Perú)
VINATEA RECOBA, Luis (Perú)
ZAVALA COSTA, Jaime (Perú)

CURRICULUM VITAE

I. DATOS PERSONALES

NOMBRES	Mario Martín Pasco Cosmópolis
PROFESIÓN	Abogado
FECHA DE NACIMIENTO	8 de enero de 1940

II. ESTUDIOS

Superiores	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
1957-1958	Facultad de Letras.
1959-1963	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
	Facultad de Derecho
	Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas Tesis: "La igualdad jurídica de los trabajadores: desaparición de la distinción entre obreros y empleados" (4 setiembre 1965). Abogado (11 octubre 1965)
1964	ORGANIZACIÓN REGIONAL INTERAMERICANA DE TRABAJADORES (ORIT).
	Sindicalismo
1988	INSTITUTO DI STUDI PER LA COOPERAZIONE E LA PICCOLA E MEDIA IMPRESA.
	Corso di formazione per esperti latino - americani sui problemi del lavoro e della relazioni industriali.

2007	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Escuela de Graduados Grado de Magíster en Derecho: "Promoción del Empleo y Protección contra el Desempleo" (marzo 2007).

III. EXPERIENCIA PROFESIONAL

-	1963 -1964	Oficina de Defensa Gratuita del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas
-	1964 -1965	Jefe de Relaciones Industriales - COPSA.
-	1965 -1970	Abogado asociado en Rodrigo, Avendaño & Elías, Abogados.
-	1970 -1973	Abogado socio en Estudio Avendaño.
-	1973 - 2004	Socio fundador de Delfino Pasco Isola Avendaño Castañeda, Abogados.
-	1980 -1981	Vice-Ministro de Justicia.
-	1982 -1985	Jefe del Instituto de Estudios del Trabajo
-	2004 - 2009	Socio principal de DELFINO PASCO ISOLA, Abogados
-	2007 - 2008	Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
-	2009-a la fecha	RODRIGO ELÍAS & MEDRANO, Abogados

IV. ACTIVIDAD ACADÉMICA

PROFESOR	PRINCIPAL PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (1 de abril 1968 A LA FECHA)
PROFESOR	ESCUELA DE GRADUADOS MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
PROFESOR	INVITADO CURSO DE ESPECIALIZACIÓN Y MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL CATEDRÁTICO EN CURSOS SOBRE MATERIA LABORAL Y PROCESAL LABORAL

V. TÍTULOS HONORARIOS

1979	Profesor Honorario de la Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago de los Caballeros, República Dominicana.
1981	Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, España.
1985	Comendador de la "Ordem do Mérito Judiciario do Trabalho" del Brasil.
1985	Profesor Honorario de la Universidad de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.
1994	Diploma otorgado por la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo "Guillermo Cabanellas" por meritoria contribución en la divulgación y desarrollo del Derecho Social en Hispanoamérica
1997	Profesor Honorario de la Universidad Central del Este. San Pedro de Macorís. República Dominicana.
1998	Profesor Honorario de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Perú
2000	Profesor Honorario de la Universidad Privada San Pedro. Chimbote - Perú
2002	Premio a la Excelencia Profesional Norman King.
	Asociación Peruana de Recursos Humanos (APERHU)
2004	Medalla al Mérito Dr. Osvaldino Rojas Lugo
	Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
2004	Condecoración de la Orden del Trabajo en el grado de Gran Oficial
2006	Miembro honorario del Colegio de Abogados de Arequipa.
2007	Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias de la República Dominicana.
2007	Premio Óscar Alvear Urrutia 2007, de la Federación Interamericana de Gestión de Recursos Humanos.

2009	Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Tacna.
2009	Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Moquegua.

VI. ACTIVIDADES INSTITUCIONALES

1972 - 1980	Presidente de la Asociación Peruano-Suiza de Educación.
1973-1975	**Presidente de la Asociación de Relaciones Industriales (ARI)**
1973	Presidente de las Primeras Jornadas de Relaciones Industriales - Lima.
1974	Presidente del Primer Encuentro de Relaciones Industriales del Pacto Andino - Lima.
1974-1976	**Presidente del Instituto Andino de Relaciones Industriales (INARI)**.
1975	**Presidente del IV Congreso Nacional de Relaciones Industriales - Lima.**
1976	Coordinador General del VII Congreso Interamericano de Administración de Personal - Lima.
1976-1978	**Presidente de la Federación Interamericana de Administración de Personal (FIDAP).**
1978	Presidente del VIII Congreso Interamericano de Administración de Personal, Sao Paulo, Brasil.
1979-1981	Síndico del Colegio de Abogados de Lima.
1980-1981	**Vice Ministro de Justicia**.
1981	Presidente de la Comisión Organizadora de la V Conferencia de Ministros de Justicia de los países Hispano-Luso-Americano y Filipinas.
1981-1983 /	
1997-1999	Vice Presidente de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT).
1981-1986	Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

1983-1985	Jefe (ad honórem) del Instituto de Estudios del Trabajo (Ministerio de Trabajo y Promoción Social).
1991-1996	Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.
1985-1987	Presidente de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT).
1987	Coordinador General del III Tercer Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
1989-	Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
1989-92	Secretario de Relaciones Internacionales de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo.
1992-94	Vice Presidente de la Sociedad Peruana del Trabajo y de la Seguridad Social
1994-	Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Direito do Trabalho, del Brasil.
1995-	Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.
1995-	Socio efectivo del Instituto Amazónico de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo
1995-1998	**Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**
1997	Presidente del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Cusco, abril/mayo 1997
1996-97	Secretario General (e) de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
1998-2005	Miembro del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa del Perú.
1998-2002	Miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
2001	**Presidente del Tribunal de Honor de Transparencia para las elecciones políticas generales.**

2001	**Presidente del Comité Organizador del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Lima, setiembre de 2001)**
2001	Presidente del Tribunal Arbitral en el caso Luz del Sur - Estado peruano.
2002-2004	**Presidente del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa del Perú**
2002-	Arbitro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima
2003	**Ponente Oficial en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, setiembre 2003)**
2004-2006	Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
2007-2009	**Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**
2007-2008	Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
2008-	Miembro titular del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo - Ginebra
2011-	Miembro del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
2013	Presidente del Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Piura, abril/mayo 1997

VII. MIEMBRO

- Academia Peruana de Derecho
- Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Centro Latinoamericano de Derecho Procesal del Trabajo.
- Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo.
- Asociación Peruana de Recursos Humanos (APERHU).
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.
- Instituto Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.

VIII. COMISIONES LEGISLATIVAS

- Redactor del Decreto Legislativo Nº 217, Ley del Poder Ejecutivo.
- Miembro de la Comisión Redactora del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- Redactor del anteproyecto de Ley del Sistema Nacional de Asignaciones Familiares.
- Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley de la Acción Contencioso-Administrativa (art. 240 de la Constitución Política del Perú de 1979).
- Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley Reglamentaria de la Acción Popular (art. 295 de la Constitución Política del Perú de 1979).
- Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley sobre indemnización por errores judiciales y por detenciones arbitrarias (art. 233, incs. 5) y 16) de la Constitución Política del Perú de 1979).
- Miembro del Comité de Expertos nombrado por el Congreso de la República para redactar el Anteproyecto de Ley General de Trabajo (2002-2003).
- Miembro de la Comisión encargada del articulado sobre materia laboral en la reforma de la Constitución Política (2002-2003).
- Miembro Titular de la Comisión Revisora del Anteproyecto de Ley Procesal de Trabajo (2009).

IX. OTRAS ACTIVIDADES

- Miembro del Consejo Editorial de la Revista *Ius Et Veritas*, de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Miembro del Consejo Consultivo de la *Revista do Programa de Mestrado em Direito da Universidade da Amazonia*, Belem do Pará, Brasil.
- Miembro del Consejo Editorial de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
- Articulista de la página editorial del diario *El Comercio*.

X. OBRAS PUBLICADAS

LIBROS INDIVIDUALES:

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA: un enfoque metodológico. Ari, Lima, 1977.
- REALIDAD ACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN IBEROAMERICA. Ari, Lima, 1979.
- PERÚ, monografía en la "International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Países Bajos), 1990.
- FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. Aele, Lima, 1997 (2 ediciones).
- FUNDAMENTOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRÁBALO. Editora Ltr, Sao Paulo, Brasil, 1997.
- CONTRATACIÓN ATÍPICA EN ARGENTINA, COLOMBIA Y PERÚ: PERSPECTIVA JURÍDICA. Oficina Internacional del Trabajo Oficina Regional para América Latina y el Caribe Lima – Perú (por publicarse)
- 50 ARTÍCULOS PERECIBLES. Recopilación de artículos publicados en la página editorial del diario *El Comercio*.

LIBROS EN EQUIPO[1]

- LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN LEGAL. Ediciones CIC. Lima, 1980.

  Con los doctores: Mario Alzamora Valdez, Jorge Avendaño V., Héctor Cornejo Chávez, Armando Zolezzi, Roberto Mac Lean U., Guillermo Figallo, Alberto Ruiz Eldredge y Guillermo Bettocchi.
- BASES PARA UNA LEY GENERAL DE TRABAJO. IET-OIT-CIAT. Lima, 1984.

  Con los doctores: Héctor Hugo Barbagelata, Fernando Elías Mantero, Tomás Ramón Fernández, Wagner D. Giglio, Jaime Montalvo Correa, José Montenegro Baca, Helios Sarthou, Antonio Vásquez Vialard, Federico Zegarra Garnica.

  Coordinador y editor: Mario Pasco Cosmópolis

(1) Libros preparados por un conjunto homogéneo de autores alrededor de un tema y siguiendo una pauta específica.

- EL TRABAJO EVENTUAL: dos perspectivas jurídicas. Fundación Friedrich Ebert. OIT-CIAT. Lima, 1984.

  Con el doctor José Burneo.

- LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES. Secretaría de Trabajo y Previsión Social, Subsecretaria A. México, 1985.

  Con los doctores: Néstor de Buen, Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque y Américo Plá Rodríguez.

  Coordinador: Néstor de Buen Lozano

- A SOLUÇÂO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS. Versión en portugués. Editorial LTr, São Paulo, 1986.

- ESTUDIOS SOBRE LA CONCERTACIÓN SOCIAL. Centro de Altos Estudios Sindicales. Lima, 1986.

  Con los doctores: Octavio Bueno Magano, Néstor de Buen y Oscar Ermida Uriarte.

  Coordinador: Oscar Ermida Uriarte

- LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. Aele Editorial, Lima, 1986.

  Con los doctores: Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque y Américo Plá Rodríguez.

  Coordinador y coautor: Mario Pasco Cosmópolis

- LOS SINDICATOS EN IBEROAMÉRICA. Aele Editorial. Lima, 1988.

  Con los doctores Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque, Américo Plá Rodríguez y Mario Ackerman.

  Coordinador y coautor: Mario Pasco Cosmópolis.

- LABOUR RELATIONS IN THE PUBLIC SERVICE IN PERU. En **Labor Relations In The Public Service**. International Labour Office. Ginebra, 1988.

- EL MODELO PERUANO. En **La Negociación Colectiva Articulada**. Edición Area de Asesoría ADEC-ATC Lima, 1989.

  Con los doctores José Luis Daza, Estela Ospina y Alfredo Silva.

- LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL PERÚ. En **La Flexibilización del Trabajo. Un Estudio Internacional**. Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara Fundacultura. Conac Instituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo Barquisimeto 1990.

  Con los doctores Arturo Bronstein, Eduardo Ameglio, Mauricio Birgin, Carlos de Buen Unna, Arturo Hoyos, Antonio Ojeda Avilés, Tisiano Treu, Óscar Hernández Álvarez.

  Coordinador: Oscar Hernández Alvarez

- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AMÉRICA LATINA. Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Madrid 1993.

  Con los doctores Antoine Jeammaud, Arturo Hoyos, Bruno Veneziani, Tomás Sala Franco, Antonio Ojeda Avilés, Massimo D'Antona, Francisco Javier Prados de Reyes, Ann Numhauser-Henning, Oscar Hernández Álvarez, Bernardo van der Laat, Oscar Ermida Uriarte, Néstor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela, Ulrich Zachert, Adrián O. Goldín, Manuel-Carlos Palomeque López, Gino Giugni, Américo Plá Rodríguez y Salvador del Rey Guanter.

  Editores: Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte.

- EL DERECHO SINDICAL EN AMÉRICA LATINA. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995. (en prensa) Universidad de Sevilla. España.

  Con los doctores Miguel Rodríguez Piñero, Alfredo Villavicencio, Adrián Goldín, Néstor de Buen Lozano, Arturo S. Bronstein, Arturo Hoyos, Octavio Bueno Magano, Antonio Ojeda Avilés, Oscar Hernández Álvarez, Bernardo van der Laar, Américo Plá Rodríguez y Emilio Morgado Valenzuela.

  Coordinadores: Oscar Ermida Uriarte y Antonio Ojeda Avilés.

- JORNADA DE TRABAJO Y DESCANSOS REMUNERADOS. Editorial Porrúa, México D.F., 1993

  Con los doctores Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque, Américo Plá Rodríguez y Mario Ackerman.

  Coordinador: Néstor de Buen Lozano.

- IMPACTO O INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA. En **El Tripartismo y Las**

Normas Internacionales del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. Diciembre 1995.

Con los doctores Rafael F. Alburquerque, Manuel Alonso Olea, Héctor Hugo Barbagelata, Néstor de Buen Lozano, Lupo Hernández Rueda, Julio Martínez Vivot, Emilio Morgado Valenzuela, Humberto Podetti, Víctor Russomano, Arnaldo Lopes Sussekind, Antonio Vásquez Vialard y Francisco Walker Errázuriz.

- LA HUELGA EN IBEROAMÉRICA. Editorial Porrúa, México, 1996.

  Con los doctores Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque, Américo Plá Rodríguez y Mario Ackerman y Emilio Morgado.

  Coordinador y coautor: Mario Pasco Cosmópolis.

- LA HUELGA EN IBEROAMÉRICA. Editorial Aele Lima, 1996.

  Con los doctores Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque, Américo Plá Rodríguez y Mario Ackerman y Emilio Morgado.

  Coordinador y coautor: Mario Pasco Cosmópolis.

- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. En **Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1997

  Con los miembros de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

- ¿SON LOS SISTEMAS PRIVADOS DE PENSIONES FORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL? En **Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica,** Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid 1998.

- TRABAJADORES DEL ESTADO EN IBEROAMÉRICA. Editorial Porrúa México, 1999.

  Con los doctores Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torraza, Rafael F. Alburquerque, Américo Plá Rodríguez y Mario Ackerman y Emilio Morgado.

  Coordinador: Mario Ackerman

- EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL NUEVO MILENIO. Secretaria de Estado de Trabajo. Santo Domingo, República Dominicana, 1999

Con los doctores Emilio Morgado Valenzuela, Mario Ackerman, Lupo Hernández Rueda, Pablo Nadal, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torrazza, Rafael Alburquerque, Porfirio Hernández Quezada, Wagner D. Giglio, Luis Fernando Disla Muñoz, Julio Aníbal Suárez, Alfredo Montoya Melgar, Arturo Bronstein, Mario Herrera Carbuccia, Domingo Gil y Américo Plá Rodríguez.

- EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL NUEVO MILENIO. Editorial Porrúa México, 2000.

  Con los doctores Emilio Morgado Valenzuela, Mario Ackerman, Lupo Hernández Rueda, Pablo Nadal, Néstor de Buen, Rolando Murgas Torrazza, Rafael Alburquerque, Porfirio Hernández Quezada, Wagner D. Giglio, Luis Fernando Disla Muñoz, Julio Aníbal Suárez, Alfredo Montoya Melgar, Arturo Bronstein, Mario Herrera Carbuccia, Domingo Gil y Américo Plá Rodríguez.

  Coordinadores: Rafael Alburquerque y Néstor de Buen

- EL TEMA DEL TRABAJO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO. En **El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea**. Academia Iberoamericana de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2003.

- EN TORNO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. En homenaje del Dr. Américo Plá Rodríguez. Con los doctores Mario Ackerman, Rafael Alburquerque, Néstor de Buen, Wagner D. Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Emilio Morgado Valenzuela y Rolando Murgas Torrazza.

  Coordinador y coautor: Mario Pasco Cosmópolis

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ. En: Pactos normativos de condiciones de trabajo: Contratos colectivos de trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez.

  Coordinadores: Mario Pasco Cosmópolis y Néstor de Buen. Porrúa, México D.F., 2009.

- CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y DERECHO DE TRABAJO. Visión de las crisis económicas por la OIT, ¿Qué pueden hacer las empresas? 4.1 Medidas<positivas> 4.2 Medidas <negativas>, 5. Perspectivas para el futuro.

  Autor. Mario Pasco Cosmópolis. 2009.

- LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS. Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. 2012.

OBRAS COLECTIVAS(2)

- EXPOSICIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Instituto J.F. Sánchez Carrión. Colección Formación Política 5. Lima, 1985.

  Con los doctores: Gabriela Porto de Power, Gloria Becerra de Corbacho.

- LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EL ARBITRAJE. En **El Derecho Laboral en Iberoamérica. Edición Homenaje al doctor Guillermo Cabanellas de Torres**. Editado por Baltasar Cavazos Flores. Editorial Trillas S.A. México, 1981

- EL SALARIO Y SU PROTECCIÓN, En **El Salario, Estudios en homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez**, Ed. Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1987, T. II.

- EL TRABAJO TEMPORAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO LABORAL PERUANO. En **La protección del trabajo en el mundo moderno, Obra en homenaje al Profesor Emérito Dr. Alfredo J. Ruprecht**, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987.

  Coordinador: Dr. Gualterio Martin-Marchesini.

- NUEVO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN LABORAL DE LA FAMILIA: MUJERES Y MENORES. En **La Nueva Ley Orgánica del Trabajo**. Editorial Roberto Borrrero Maracaibo, 1989.

- O SISTEMA PERUANO DE PARTICIPAÇAO DOS TRABALHADORES NOS LUCROS, PROPRIEDADE E GESTAO DAS EMPRESAS. En: "**Relacoes Coletivas de Trabalho, en homenaje del Prof. ArnaldoSussekind**. LTR. Sao Paulo, 1989.

  Coordinador: Joâo de Lima Teixeira Jr.

- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En **Anales del II Congreso de la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabaj**o. México, 1990.

  Coordinador: Néstor de Buen Lozano.

(2) Reunión de trabajos dispersos, no unificados; generalmente en homenaje de algún jurista o con ocasión de algún evento.

- LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL. En **La Familia en el Derecho Peruano**. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.
- DE LA RERUM NOVARUM A LA CENTESIMUS ANNUS. Intercampus Universidad del Pacífico. Mayo, 1991
- JURISDICCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ. En "**Proceso de Trabalho en América Latina" en Homenaje Dr. Alcione Niederauer Correa**. LTR. Sao Paulo. Agosto, 1992.

  Coordinador: Wagner D. Giglio.
- CONDICIONES DE TRABAJO Y PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA. En **Políticas de Respuesta al Impacto del Ajuste**. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé De Las Casas, Cusco, Perú, 1994.
- LA FLEXIBILIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA. En **Direito e Processo do Trabalho, Estudos em Homenagem a Octavio Bueno Magano**, Editora LTr, San Paulo, 1996.

  Coordinador: Luiz Carlos Amorim Robortella.
- LA PARTICIPACIÓN EN EL PERÚ: NACIMIENTO, EVOLUCIÓN E INVOLUCIÓN. En **Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata**, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.
- LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL PERÚ. En **Direito do Trabalho, Estudos en homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva,** Editora LTr, San Paulo, 1998.

  Coordinadores: Lélia Guimaraes Calvalho Ribeiro, Rodolfo Pamplona Filho.
- CONTRATOS DE TRABAJO. En **Guía Legal de Negocios Invirtiendo en el Perú**. Beatriz Boza editora Prom Perú. Abril, 1998.
- CONTRATOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL PERÚ. En **Homenaje a Javier Vargas**. Gaceta Jurídica. Diciembre, 2000.
- CONTRATOS DE TRABAJO DE JORNADA ATÍPICA. En **Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- JORGE AVENDAÑO VALDEZ, ABOGADO. En **Homenaje al Dr. Jorge Avendaño Valdez**, Lima, 2003.
- EL TEMA DEL TRABAJO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO. En: El Trabajo y la Constitución: Estudios en homenaje al

Profesor Alonso Olea. Alfredo Montoya Melgar, coord. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- EL RÉGIMEN LABORAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL. En **Libro en Homenaje al Dr. José Martíns Catharino,** Salvador, Bahía, 2004
- REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. En **Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- LOS EFECTOS DE LA AMPARIZACIÓN. En **Estudio sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional,** Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura, Lima, 2004.
- CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO LABORAL: LA ORALIDAD. En **Aportes para la Reforma del Proceso Laboral Peruano**. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2005.
- EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN AMÉRICA LATINA. En: **Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia. Homenaje al Doctor Guillermo López de Guerra**. Colegio de Abogados del Trabajo, Colombia, 2006.

ARTÍCULOS Y PONENCIAS

- LAS RELACIONES INDUSTRIALES Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINA. En: Anales de II Congreso Nacional de Relaciones Industriales.
- LAS COMUNIDADES LABORALES: UN ESQUEMA DISTINTO PARA LAS RR.II". En: Anales del V Congreso Interamericano de Administración de Personal.
- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: "¿UN SISTEMA DE DECADENCIA?". En: Anales del III Congreso Nacional de RR.II.
- COMUNIDAD LABORAL Y SINDICATO. En: "Participación", órgano del Ministerio de Industrias.
- ASISTENCIA LEGAL EN EL PERÚ. En: Primer Seminario Latinoamericano enseñanza clínica del Derecho y asistencia legal. Departamento de Práctica y Asistencia Legal, Universidad Católica de Chile. Marzo de 1973.

- LAS COMUNIDADES LABORALES EN EL PERÚ. En: Boletín de la Asociación de Dirigentes de Personal de la Argentina, Agosto 1973.
- RÉGIMEN LABORAL DE LOS ARTISTAS. En Revista Derecho. Nº 32 Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1974.
- RECURSOS HUMANOS EN IBEROAMÉRICA. En: VIII Congreso Internacional de la Asociación Europea de Dirección de Personal, Madrid, 1977.
- SEGURIDAD SOCIAL Y DESARROLLO. En: Seminario Nacional de Derecho Social, República Dominicana, 1979.
- SEGURIDAD SOCIAL. En: Seminario Nacional de Derecho Social, República Dominicana, 1979.
- NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN IBEROAMÉRICA. En: III Seminario Iberoamericano de Dirección de Personal, Madrid, 1979.
- LA FUERZA SINDICAL. En: II Congreso Colombiano de Relaciones Industriales, Medellín, 1979.
- LA ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: EL CASO PERUANO. En: XIII Jornada Iberoamericana sobre el Trabajo, Lima, Perú, 1979.
- LA EMPRESA Y LA PROBLEMÁTICA LABORAL. En: Programa de Alta Dirección Empresarial - PADE, "Coyuntura Económica y Situación Laboral en el Perú, Lima, 1979.
- SINDICALIZACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN EL SECTOR PRIVADO. En: Seminario Internacional de Derecho Laboral. Puerto Rico, julio, 1980.
- LA JURISDICCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ. En: Primer Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones de Trabajo. Madrid-España, 1980.
- LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ABOGADO. En XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo. Piura, 1981.
- POLÍTICA DE EMPLEO Y CONCERTACIÓN SOCIAL. En: II Encuentro Iberoamericano de Relaciones de Trabajo organizado por el Instituto de Estudios Laborales y de La Seguridad Social con la OIT, Madrid marzo de 1982.

- SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO: LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE. En: Revista Derecho. Nº 37, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1983.
- EL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO. En: VII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, 1980. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, 1988. En: Seminarios Nacionales sobre mecanismos de solución de conflictos colectivos de trabajo. Quito, abril, 18 y 19, 1988. Guayaquil, abril, 20, 21 y 22, 1988.
- LA CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO. En: V Congreso Latinoamericano de Derecho y la Seguridad Social, Monterrey, México, 1982.
- LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS. En: Primer Seminario de Legislación Laboral. Ministerio de Trabajo y Promoción Social Instituto Nacional de becas y Crédito Educativo. Junio, 1982.
- POLÍTICA DE EMPLEO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL. En: II Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones de Trabajo, Madrid, 1982.
- BASES PARA UNA LEY SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. En: Forum de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, 1982.
- LA ACCIÓN GREMIAL: SU REGULACIÓN Y PROTECCIÓN LEGAL. En: VII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1983.
- LAS ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN EL PERÚ. En: Primer Congreso de Derecho Administrativo Bolivariano, Bogotá, 1983.
- EL PROYECTO DE LEY SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SÍNTESIS Y AUTOCRÍTICA. En: Forum de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, 1983.
- NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ENFOQUE METODOLÓGICO. En Primer Seminario Iberoamericano de Dirección de Personal, Madrid, 1977. En: Themis, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, Año 1, Nº 1, 1984.
- LA FALTA GRAVE LABORAL. En: Revista Derecho Laboral. Tomo XXVII Nº 134, abril-junio, 1984. Uruguay. En Revista Derecho. Nº 39 Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

- EL PODER DISCIPLINARIO EN LA EMPRESA PRIVADA. En: Investigación internacional dirigida por H.H. Barbagelata y J.C. Javillier.
- NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ. En: XI Congreso Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, Venezuela, 1985. En: Anales del XI Congreso Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, Venezuela, 1988.
- RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. En: Investigación realizada bajo los auspicios de la OIT, Lima, 1985.
- EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA EN ÉPOCA DE CRISIS: TENDENCIAS DEL MOVIMIENTO SINDICAL MODERNO. En: IV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Costa Rica, 1985.
- LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En: IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 1986. Publicado en la Revista Derecho Laboral. Tomo XXIX, Nº 141, enero-marzo, 1986.
- BASES PARA UNA POLÍTICA DE EMPLEO. En: I Congreso Nacional de la Empresa Privada, Lima, 1986.
- EL SALARIO: SU PROTECCIÓN Y GARANTÍA. En: Revista Derecho. Nº 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986.
- MAGISTRATURA DEL TRABAJO. En: Themis. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, Año 7, Nº 3, 1985.

  Seminario: "Dallo Stato Corporativo alla Libertá Sindicale: esperienze comparative". Roma, 1985 (Intervención).
- LA EMPRESA Y LA GENERACIÓN DE EMPLEO. En: Convención Anual de Ejecutivos - CADE de IPAE. Huaraz, 1986.
- ROL DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA ECONOMÍA NACIONAL. En: Ponencia Oficial al I Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, Argentina, abril 1987. En Seminario: "Contratación colectiva en los Sectores Público y Privado", Ecuador, 1987.

- CONTROVERSIAS Y CONFLICTOS LABORALES. En: Themis. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Epoca, Nº 6, 1987.
- RETROACTIVIDAD DE LA LEY LABORAL. En: Themis, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Epoca, Nº 9, 1987.
- ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y CONTRATACIÓN PRECARIA. En: Seminario Internacional de Derecho del Trabajo. Puebla, México, noviembre de 1987.
- LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL. En: V Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, diciembre, 1987.
- PERÚ: LOS ÚLTIMOS 40 AÑOS. En: Número conmemorativo del 40 aniversario de la revista Derecho Laboral. Uruguay, 1988.
- PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. En: I Congreso Peruano de Derecho de la Empresa. Lima, 1988.
- DERECHO INDIVIDUAL: LOS CONTRATOS TEMPORALES A LA LUZ DE LAS ACTUALES NECESIDADES. En: V Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colombia, 1988.
- SANCIONES POR VIOLACIÓN E INCUMPLIMIENTO DE NORMAS LABORALES. En: Informe Nacional para el XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, España, 1988.
- ROL DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA ECONOMÍA NACIONAL. En: Separata de Revista Derecho Nº 42. Diciembre, 1988.
- JORNADA DE TRABAJO Y DESCANSOS EN LA AMAZONIA. En: Primer Congresso Pan-Amazónico de Direito do Trabalho. Belem do Pará, Brasil, agosto, 1988.
- LA PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD SINDICAL EN LA EMPRESA: ENFOQUE IBEROAMERICANO. En: memoria del Congreso Internacional, Roma, diciembre, 1989.

- EL DESPIDO NATURALEZA JURÍDICA. En: Relaciones Industriales y Derecho Laboral. Números 3 y 4, julio, 1990. Editado por RRII Asesores y Consultores.
- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR ESTATAL. En: Relaciones Industriales y Derecho Laboral. Número 1, octubre, 1989. Editado por RRII Asesores y Consultores. 1990.
- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En: la Segunda Reunión de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México - Puebla, octubre de 1990.
- SINDICATOS Y CRISIS. En: Relaciones Industriales y Derecho Laboral. Número 7, julio, 1991. Editado por RRII Asesores y Consultores. 19990
- ALGUNAS PROPUESTAS AL SISTEMA PERUANO ACTUAL DE SEGURIDAD SOCIAL. En: Economía Social de Mercado: alternativa para el desarrollo peruano. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, abril, 1991.
- ASPECTOS LABORALES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL PERÚ. En: Economía Social de Mercado: alternativa para el desarrollo peruano. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, abril, 1991.
- INFORME NACIONAL. En: XII World Congress Of Labour Law and Social Security. Atehénes Septiembre, 1991.
- EL DESPIDO. En: Revista de Direito de Trabalho. Brasil, mayo, 1992.
- DURACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. Artículo
- NEGOCIACIÓN Y CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO. En SEMINARIO INTERNACIONAL DE FERROVIARIOS EN ACTIVIDADES DE MINERÍA. SAO LUIS, MARANHAO, junio, 1992.
- DESEMPLEO Y CONCERTACIÓN SOCIAL. En: XI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Honduras, 1992.
- ASPECTOS SOCIALES DE LA INTEGRACIÓN ANDINA. En: Conferencia en Montevideo, 1992.

- LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Sevilla, octubre 1992.
- RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO. En el Sexto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Puebla México, noviembre, 1992.
- AJUSTE ESTRUCTURAL Y DERECHO DEL TRABAJO. En: TRABAJO, Revista de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Febrero, 1993.
- LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONSTITUCIÓN. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, marzo, 1993.
- LA PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD SINDICAL EN LA EMPRESA: ENFOQUE IBEROAMERICANO. En: **Principi per un "Codice Tipo" di Diritto del Lavoro per L'America Latina**. CEDAM, 1993.
- REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. En: Curso organizado por la Asociación Derecho & Sociedad del 17 al 21 de mayo de 1993.
- EL AJUSTE ECONÓMICO: PERSPECTIVA EMPRESARIAL. En: Ajuste Económico y Política Laboral. Martín Carrillo compilador. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé De Las Casas, octubre, 1993.
- LAS NUEVAS RELACIONES DE TRABAJO LEY Nº 25593. En: VII Congreso Nacional de Relaciones Industriales, Lima, octubre, 1993.
- II CONGRESO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. Brasil, 12 de noviembre de 1993.
- INTERVENCIÓN Y AUTONOMÍA EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO, En: Ponencia presentada al Encuentro Peruano-Uruguayo de Derecho del Trabajo, Lima, setiembre, 1994.
- SINDICACIÓN, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA: DOS PROYECTOS Y UNA REALIDAD. En: Seminario Bases Para una Ley General de Trabajo. CIAT/ IET / OIT Lima, enero, febrero, 1994.
- ASOCIACIONES EMPRESARIALES Y SINDICATOS PATRONALES. En: PRESENCIA, Revista de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas –CONFIEP–, Edición Especial de Aniversario, Nº 54, noviembre, 1994.

- LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO. En: Congreso Internacional "Las fuentes del Derecho en el sistema jurídico latinoamericano, Roma, 1994.
- PROMOCIÓN Y REGULACIÓN DE LA CREACIÓN DE OPORTUNIDADES DE EMPLEO, COAUTORÍA CON CARLOS GUILLERMO MORALES. En: XIV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Seúl, Corea, septiembre, 1994.
- CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. En: Memoria del VII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Mexicali, B.C. Noviembre de 1994.
- EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En: Separata de Derecho Nº 48 Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre, 1994.
- EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En: **Revista Derecho**. Nº 48, diciembre de 1994, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RELACIONES LABORALES EN AMÉRICA LATINA. En: XIV Congreso Interamericano de Administración de Personal, Buenos Aires, 1995.
- EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ. En: III Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montreal, 1995.
- FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN EN EL DERECHO LABORAL.En: II Congresso PanAmazonico de Derecho del Trabajo, Belem do Pará, del 17 al 20 de mayo de 1995.
- LA ESTABILIDAD LABORAL Y EL CONVENIO 158 DE LA OIT. En: XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santa Cruz, 1995.
- EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA. En: Discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho, Lima, 1995.
- POBLACIÓN Y EMPLEO. En: Ponencia al X Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Seúl, 1995.

- DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. En: Jornada de Derecho Laboral 1995 Corte Superior de Justicia de La Libertad. Editora Normas Legales, Trujillo, Perú.
- LA REFORMA LABORAL EN EL PERÚ. En: La Reforma Laboral en América Latina III Congreso venezolano de Derecho Social y VII Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tipografía Horizonte Barquisimeto Venezuela, 1995.
- SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS. En: Relaciones Industriales y Recursos Humanos en América Latina, ADPA WFPMA, noviembre, 1995.

  Compiladores Carlos Aldao Zapiola y Darío Hermida Martínez.
- LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En: Congreso Dominicano de Derecho del Trabajo. San Pedro de Macorís, 1996.
- FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN EN EL DERECHO LABORAL. En: Revista Themis. Nº 34, Lima, 1996.
- EL DESPIDO: SU NATURALEZA JURÍDICA. En: XIII CONAMAT, Salvador (Bahía) 1996.
- LA REFORMA LABORAL EN EL PERÚ 1990-95. Caracas, 1996.
- LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ. En: Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Lima, 1996.
- INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, artículo para libro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. En la Primera Jornada Universitaria de Derecho del Trabajo. Universidad de Piura. 27 y 28 de setiembre de 1996.
- EL CONVENIO 158 DE LA OIT EN IBEROAMÉRICA: EL CASO DEL PERÚ. En: Congresso Internacional de Direito do Trabalho, Salvador (Bahía) Brasil, octubre de 1996.
- EL FUTURO DE LOS SINDICATOS EN EL SIGLO XXI. En: Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, San Juan de Puerto Rico, 1997.

- REALIDAD DE LA PROFESIÓN Y SUS PERSPECTIVAS. FORO EXCEPCIONAL. En: IX Congreso Nacional de Relaciones Industriales, Lima, 1997.
- EN RELACIÓN CON EL ARBITRAJE POR LA ÚLTIMA OFERTA EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS. En: Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Cusco - Perú, mayo de 1997.
- LOS CONTRATOS DE TRABAJO PRECARIOS. En IX Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Tlaxcala, 1997.
- TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. En: Revista "Alegatos", órgano de difusión del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana de México D.F., número 38, 1998
- PROBLEMÁTICA LABORAL DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN: LA COMUNIDAD ANDINA. Viña del Mar, 1998
- EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL. En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, abril, 1998.
- LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL. En: Congreso Internacional de la Federación Interamericana de Abogados, Lima, 1998.
- EL FUTURO DEL SINDICALISMO. En: Congreso Nacional del Colegio de Abogados Laboralistas de Colombia, Santa Marta, 1998.
- LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ. En: Congreso Internacional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social: Tendencias y Desafíos. Caracas, octubre, 1998.
- LA JUSTICIA LABORAL EN PERÚ. En: Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral, San José de Costa Rica, junio de 1999.
- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. En: Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo, 24-25 de junio de 1999, San José, Costa Rica. Poder Judicial. Dpto. de Publicaciones e Impresos.
- LA JUSTICIA LABORAL EN EL PERÚ. Víctor Ferro Delgado y Ricardo Herrera Vásquez, coautores. En: Encuentro Iberoamericano de

Justicia del Trabajo, 24-25 de junio de 1999, San José, Costa Rica. Poder Judicial. Dpto. de Publicaciones e Impresos.

- DERECHO LABORAL. En: la Jornada Nacional de Derecho del Colegio de Abogados de Lima, septiembre de 2000.
- SEGURIDAD SOCIAL EN IBEROAMÉRICA SU IMPLEMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. En: II Encuentro Nacional del Derecho del Trabajo y La Seguridad Social Cali, Colombia, 9, 10 y 11 de noviembre de 2000.
- NUEVAS VERSIONES SOBRE RELACIONES LABORALES. En: el 12º Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Puebla, México, 15, 16 y 17 de noviembre de 2000.
- SINDICALISMO EN LA GLOBALIZACIÓN. En: el 12º Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Puebla, México, 15, 16 y 17 de noviembre de 2000.
- REFORMA LABORAL Y CONTRATACIÓN ATÍPICA. En: Conferencia a los Señores Magistrados del Poder Judicial de la República de Costa Rica, noviembre de 2000.
- LOS CONTRATOS FORMATIVOS. En: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima "Advocatus", Lima, mayo de 2001.
- GLOBALIZACIÓN Y RELACIONES LABORALES: Grupo Bologna Castilla-La Mancha, encuentro de Punta del Este, Uruguay, Noviembre, 2001.
- OUTSOURCING SUBCONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. En: Congreso Internacional de Legislación de Minería, Petróleo y Energía, organizado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el 6 y 7 de noviembre de 2001.
- TENDENCIAS ACTUALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL. En: 13º Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mazatlán, México, noviembre, 2001.
- PERSPECTIVAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SINDICALISMO EN AMÉRICA LATINA. En: Seminario Internacional "El papel de los sindicatos en el contexto de la globalización y regionalización de América Latina", Lima, Perú, noviembre, 2001.

- MATRIZ SOBRE JUSTICIA DEL TRABAJO. Grupo Bologna Castilla-La Mancha: Encuentro de Punta del Este, noviembre de 2001.
- CALIDAD DEL EMPLEO, Ideele, 2002.
- SITUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO. En: Seminario: Carrera Pública y Remuneración en la Administración Pública. Lima, mayo, 2002.
- LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL NEOLIBERALISMO. En: II Jornada de Derecho del Trabajo. Asociación de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social "Dr. Guillermo Cabanellas". Lima, Perú, 2 de noviembre de 2002.
- EL TRABAJO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL. Análisis de la Reforma Constitucional en el Aspecto Laboral. Universidad Católica Santa Isabel de Arequipa, Perú, noviembre, 2002.
- EXPOSITOR EN EL I SEMINARIO DE DERECHO LABORAL PERUANO, realizado en la ciudad de Arequipa el 7 y 8 de noviembre de 2002.
- REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES CONFORME A LA LEY PERUANA. Lima, diciembre de 2002.
- OUTSOURCING SUBCONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. En: Revista Jurídica Magistri Et Doctores, año VIII, Nº 2, Lima, diciembre, 2002.
- LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO DEL PERÚ. En: Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, Portugal, abril, 2003.
- LEY DE LA CARRERA PÚBLICA. En: Comisión de Modernización de la Comisión del Estado. Lima, Perú, abril, 2003.
- BALANCE DE LA REFORMA LABORAL. En: Charla en el Colegio de Abogados de Lima, abril, 2003.
- NECESIDAD DE REAFIRMAR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. Conferencia dictada en la ceremonia inaugural del Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, La Paz, Bolivia, 15 al 17 de mayo de 2003.

- DEBATES DE LA COMISIÓN REFORMADORA DEL ANTEPROYECTO EN MATERIA LABORAL. En: Seminario "Nuevas Propuestas en materia laboral a propósito de la reforma constitucional". Lima, Perú, 3 y 4 de junio de 2003.
- LAS AFP's DESDE LA ÓPTICA DEL PENSIONISTA PERUANO. Foro: El Sistema Privado de Pensiones: La mejor alternativa de jubilación, organizado por la Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales - PROCAPITALES. Lima, Perú, 9 de junio de 2003.
- TRANSPARENCIA, ÉTICA Y COBERTURA DE LA CORRUPCIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. En: Foro: Información para la democracia, organizado por el Consejo de la Prensa Peruana. Cusco, Perú, 27 de junio de 2003.
- LA POSTNEGOCIACIÓN. En: Seminario-Taller "Estrategias de Negociación Colectiva", organizado por BE & CE Bellido Expositores y Consultores Empresariales, y Best Resourses Asesoría en Recursos Humanos. Lima, Perú, 13 al 15 de agosto de 2003.
- EL DESPIDO. Ica, Perú, 19 de setiembre de 2003.
- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PREVISIONAL DECRETO LEY Nº 20530, Arequipa, Perú, 2003.
- EL PROBLEMA DE LA INFORMALIDAD, Arequipa, Perú, 2003.
- PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DESEMPLEADOS. En: Ponencia oficial al XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Uruguay, 2 al 5 de setiembre, 2003, publicada en DERECHO LABORAL, revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Tomo XLVI, Número 212, octubre-diciembre, 2003.
- PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DESEMPLEADOS. Guadalajara, México, noviembre, 2003.
- LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y SUS MECANISMOS PARTICIPATIVOS, Montreal, Canadá, noviembre, 2003.
- A PROPÓSITO DE LA DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR FINAL. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Año 9, número 62, noviembre, 2003.

- LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO, Bogotá, Colombia, noviembre, 2003.
- EL TELETRABAJO. En: Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berenguel, abril de 2004.
- EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL. En: II Congreso Internacional de Direito do Trabalho e II Congreso de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Belem do Pará, Brasil, 26 y 27 de agosto, 2004.
- RELACIONES DE TRABAJO ESPECIALES. EL CASO DE LAS MODALIDADES FORMATIVAS. En: VI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Querétaro, México, 14 al 17 de setiembre, 2004.
- INFORMALIDAD, SUBEMPLEO Y MYPES. En: I Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social "Desafíos actuales y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú". Trujillo, 27 al 29 de octubre, 2004.
- LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y SUS MECANISMOS PARTICIPATIVOS. En: "Laborem" Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, octubre, 2004.
- LOS ASPECTOS LABORALES DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO. En: Mesa Redonda, Guayaquil, Ecuador, noviembre, 2004.
- REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano: Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIONES. En: Seminario sobre Seguridad Social, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 5 y 6 de mayo, 2005.
- ASPECTOS LABORALES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ CON EE.UU. En:

Seminario, Universidad del Pacífico, Guayaquil, Ecuador 10 al 12 de mayo, 2005.

- LA CONSTITUCIÓN Y LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL. En: Revista Latinoamericana de Derecho Social Nº 1, México, 2005.
- DIMENSIONES LABORALES DE LA GLOBALIZACIÓN: LO LABORAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO. En: V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo. Santiago de Chile, julio, 2005.
- PERÚ: INFORME NACIONAL DE PENSIONES. En: XIV Encuentro Internacional de Exbecarios Bologna - Castilla - La Mancha - Turín. "Realidad y proyección futura de los regímenes pensionales en América Latina", Cartagena, Colombia, 5 al 8 de octubre de 2005.
- LOS PRINCIPIOS Y EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: TENDENCIAS DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA. En: I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales. Caracas, Venezuela, 13 al 15 de noviembre de 2005.
- CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO LABORAL. LA ORALIDAD. En: Aportes para la Reforma del Proceso Laboral Peruano. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2005.
- EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD. En: Ciclo de Conferencias Los principios del Derecho Laboral en Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez. Santo Domingo, República Dominicana, 10 al 12 de abril de 2006.
- DIÁLOGO SOCIAL EN IBEROAMÉRICA. EXPERIENCIAS CONCRETAS. En: XXIV Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. Cartagena de Indias 26 al 28 abril, 2006.
- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DESPIDO LABORAL. En: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2006.
- CONTRATOS DE TRABAJO, ECONOMÍA INFORMAL Y EMPRESAS DE MANO DE OBRA. En: Decimocuarto Encuentro

Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- EL PROBLEMA DE LA INFORMALIDAD. Revista del Colegio de Abogados de Lima, 2006.
- LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS LABORALES. En: Jornada Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje a don Rafael Alburquerque. Santo Domingo, República Dominicana, 2007.
- LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS OTROS SISTEMAS PENSIONARIOS. En: Seminario La Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones. Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2007.
- TENDENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL. En: Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación Universitas. Margarita, Venezuela, 27 a 30 de abril de 2007.
- MEDIO SIGLO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EN EL PERÚ. En: Seminario Conmemorativo del Cincuentenario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 6 y 7 de setiembre de 2007.
- TENDENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL. En: Congresso Internacional De Direito Do Trabalho E Processo Do Trabalho. *Mozart Víctor Russomano.* Pontificia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, PORTO ALEGRE, Brasil 29 al 31 de octubre de 2007.
- ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL DERECHO DEL TRABAJO? Perspectivas regionales (Mesa Redonda). En VII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santo Domingo. República Dominicana del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2007.
- NECESIDAD DE REAFIRMAR LA APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA. VII encuentro de Abogados Laboralistas de América Latina, Cochabamba, Bolivia el 6 y 7 de diciembre de 2007.
- EL DERECHO DEL TRABAJO: DE AYER, DE HOY, DE SIEMPRE. En: II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social, de la Fundación Universitas. Isla Margarita, Venezuela, abril de 2008.

- NUEVAS FORMAS DEL TRABAJO Y EL DERECHO LABORAL, Tampico, México, abril de 2009.
- "CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y DERECHO DEL TRABAJO". En: Revista Análisis Laboral, Ed. Legis, Bogotá, mayo de 2009.
- CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y DERECHO DEL TRABAJO. En: Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI: Libro Homenaje a los 90 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ARA Editores, Lima, 2009.
- LA CELERIDAD PROCESAL: ¿UN DESIDERÁTUM, UNA ENTELEQUIA? En: Actualidad del Derecho del Trabajo. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2009.
- VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE JURISTAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL GUILLERMO CABANELLAS: Un derecho laboral para los informales. Trujillo 5 - 7 de noviembre de 2009.
- LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ. En: IV Congreso Nacional de la SPDTSS "Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo". Cusco, 27, 28, 29 de octubre de 2010.
- LA CELERIDAD PROCESAL: ¿UN DESIDERÁTUM, UNA ENTELEQUIA? En: Memorias del Primer Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Repensando el Derecho del Trabajo y de la seguridad social en el siglo XXI y su incidencia en las relaciones laborales. Universidad La Gran Colombia, 2011.
- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS. En: Comentarios al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios: Comentarios, análisis y críticas de los mejores especialistas. Oxal Víctor Ávalos Jara y Edwin López Trigoso, coords. Jurista Editores, Lima, 2010.
- DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y RESPONSABILIDAD LABORAL EN PERÚ. En: La descentralización empresarial y la

responsabilidad laboral en América Latina y España.Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

- CONTRATO DE TRABAJO TÍPICO Y CONTRATOS ATÍPICOS. En: Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Tomo II, Felipe Osterling Parodi et al., coords. Idemsa, Lima, 2011.
- PRÓLOGO A LOS COMENTARIOS A LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ESTUDIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY Nº 29497. Jurista Editores, Lima, 2011.
- NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ. En: Derecho del Trabajo y derecho de la seguridad social: Estudios en homenaje a la memoria del Profesor Rafael Caldera, Volumen II. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- EL EMPLEADOR ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LAS EMPRESAS. En: Globalización. El cambio del Derecho del Trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras. *Liber Amicorum* en homenaje a Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry. Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.
- OBJETIVOS, BASES Y MEDIOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO. En: Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Oxal Víctor Ávalos Jara y Leopoldo Gamarra Vílchez, coords. Jurista Editores, Lima, 2011.
- LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ PILARES Y PARADIGMAS: Montevideo, 2011.
- CONTRATO DE TRABAJO TÍPICO Y CONTRATOS ATÍPICOS: Campeche, México, 2012.
- RESPONSABILIDADES Y ATRIBUCIONES DEL JUEZ LABORAL CON LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, Lima, 2011.
- ALGUNAS "SITUACIONES DISFUNCIONALES" EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: Revista Análisis Laboral, Lima, 2012.
- NUEVAS FORMAS DEL TRABAJO Y EL DERECHO LABORAL
- LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS: III Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, Bogotá, 2012.

- ETICA EN LAS RELACIONES LABORALES: Conferencia inaugural I Congreso Mundial de Derecho del Tarbajo y de la Seguridad Social, Chihuahua, México, 2012.
- PREVENCIÓN Y SANCIÓN EN LA LEY PERUANA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: II Congreso Internacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, Buenos Aires, 2012.
- ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO: En homenaje al Prof. Dr. D. Rolando Murgas Torrazza, Panamá, 2012.
- UNIVERSIDAD DE CHILE MAESTRÍA DE DERECHO DEL TRABAJO, NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN: Globalización y flexibilización y su impacto en el Derecho de Trabajo: Profesor, Mario Pasco Cosmópolis.
- IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL: Relator general del tema "El trabajador autónomo; su régimen legal y la extensión al mismo de normas e instituciones del Derecho del Trabajo".
- XIX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL BUENOS AIRES, OCTUBRE 2013 Desafíos actuales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social En Iberoamérica, Mario Pasco Cosmópolis.
- XXI CONGRESO INTERNACIONAL DE GESTIÓN HUMANA EN QUITO, NOVIEMBRE 2013, Mario Pasco Cosmópolis.

PRESENTACIÓN

Dedicamos este libro a la memoria de Mario Pasco Cosmópolis (1940-2014), reconocido jurista, muy querido y recordado amigo y persona de extraordinaria calidad humana.

Hombre de gran versación jurídica y vastísima cultura, Pasco estudió lúcida y acuciosamente una amplia y diversa gama de temas relativos al trabajo, al empleo, a la seguridad social, a los procesos laborales que presentaba y desarrollaba con un estilo muy propio, en el cual combinaba, con excepcional equilibrio, la claridad expositiva, la precisión conceptual y su profundo conocimiento del mundo del trabajo –sin dejar de lado la doctrina y la rigurosidad científica– todo ello, con un fino sentido del humor.

El presente Libro Homenaje se inicia con su extenso currículum y una semblanza, complementados con cinco significativos y muy sentidos testimonios de amistad; antes de dar paso a cincuenta y cuatro estudios de laboralistas nacionales y extranjeros, que han querido rendirle así un merecido homenaje.

El *curriculum vitae* de Mario Pasco Cosmópolis fue elaborado por él mismo y está actualizado a julio de 2013. Por ello, contiene datos sobre su hoja de vida adicionales a los que refiere el incluido en el sitio web de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social[1], de la que él fue Presidente en el periodo corriente del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2009. Al respecto, hemos decidido no introducir modificación formal alguna en su presentación.

(1) <http://www.academiaiberoamericana.com/index.php>.

La *semblanza* ha sido hecha por Carlos Guillermo Morales Morante y Jaime Zavala Costa, y contiene, de manera completa y documentada, los aspectos y pasajes más importantes de su extendida trayectoria académica y profesional.

Los *testimonios de amistad* han estado a cargo de Fernando Elías Mantero, Víctor Ferro Delgado, Pedro Morales Corrales, Germán Ramírez Gastón Ballón y Jaime Zavala Costa –el de este último a manera de una emotiva "Carta al Amigo"[(2)]–, y contienen numerosas anécdotas que permitirán mejor conocer aspectos más personales e íntimos de Mario.

El núcleo del libro está integrado por *cincuenta y cuatro estudios* realizados por reconocidos especialistas –de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; y naturalmente, del Perú–, quienes fueron convocados por la Comisión Organizadora –integrada por Jaime Zavala Costa y Alfonso de los Heros Pérez Albela, como directores, y por Raúl Saco Barrios, como coordinador–: algunos directamente, cuando conocíamos sus direcciones electrónicas; otros indirectamente, a través de las distintas asociaciones o sociedades nacionales con las que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) mantiene estrecha vinculación. En suma, hemos procurado efectuar una convocatoria lo más amplia posible, animados por la idea de que quienes lo conocieron, apreciaron y admiraron, pudieran participar.

En vez de centrar su contenido en un asunto específico, preferimos dejar a los colaboradores en la libertad de elegir el tema a desarrollar –en atención a la diversidad de temas sobre los que Pasco escribió– aunque con una extensión prefijada. En esta misma línea, hemos respetado la referencia personal sobre sí mismos –u omisión de ella– que cada cual libremente ha decidido incluir o no poner.

El libro incluye, pues, ensayos sobre diversos aspectos del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, o, desde otra perspectiva, de las relaciones laborales. Así, tenemos estudios sobre Teoría General del Derecho del Trabajo, Derecho Constitucional del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Trabajadores del Estado, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Internacional del Empleo y Relaciones Laborales.

(2) Publicada en la revista *Análisis Laboral*. Vol. XXXVIII, Nº 441, Aele, Lima, marzo, 2014, pp. 10-11.

Dada la amplitud de puntos tratados, hemos preferido presentarlos en orden alfabético según el apellido del respectivo autor. Esto, porque algunos trabajos encajan en más de un área; o porque se nos hacía difícil ubicarlos concreta o específicamente en alguna.

Queden en estas páginas nuestro testimonio de afecto a Mario Pasco Cosmópolis, así como nuestro agradecimiento por su valiosa contribución al estudio y desarrollo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social tanto en nuestro país como en Iberoamérica.

Entregamos, entonces, este Libro de Homenaje póstumo a la comunidad científica laboral y sobre todo a las futuras generaciones de laboralistas; con una especial mención a Úrsula, amada esposa y compañera de Mario, quien fue su más valioso apoyo –siempre a su lado– y, junto a sus hijos y nietos, la razón de ser de sus éxitos y merecimientos.

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la SPDTSS

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA
Vicepresidente de la SPDTSS

RAÚL G. SACO BARRIOS
Secretario de Publicaciones de la SPDTSS

SEMBLANZA

La contribución de Mario Pasco al Derecho Laboral Peruano

Tratar de resumir la trayectoria de un jurista como Mario Pasco Cosmópolis, referente por antonomasia del Derecho Laboral peruano, constituye una tarea compleja y de largo aliento, pues a pesar de que abrazó al Derecho del Trabajo como seña inconfundible de su identidad académica, su multifacética personalidad lo llevó a ampliar su esfera de intereses a múltiples actividades, disímiles al quehacer jurídico, como el teatro, el periodismo, e incluso la política, como él lo reconoce en su compilación de artículos periodísticos(1) .

Sin embargo, Mario Pasco, antes que nada, se reconocía como abogado y profesor universitario.

No obstante, había una faceta en la que destacó por derecho propio, pues sus inquietudes intelectuales no solo se agotaban en el plano teórico, sino que en forma natural lo conducían a la acción, a la búsqueda de alternativas de solución a los problemas que iba encontrando en el camino, pues Pasco concebía al derecho como un instrumento para lograr el equilibrio y la paz social.

Un buen ejemplo de ello es la elección de su tema de tesis de bachiller en Derecho "La igualdad jurídica de los trabajadores: desaparición de la distinción entre obreros y empleados", lo que denotaba su indiscutible vocación por la búsqueda de la justicia y el equilibrio social. En ella propugnaba la eliminación de la desigualdad de trato entre empleados y obreros que históricamente en el Perú

(1) PASCO, Mario. *Cincuenta artículos perecibles*. Lima, 2001, p. 6.

tenían un tratamiento dispar en sus derechos sociales, siendo la diferenciación más injusta que los segundos cuando eran despedidos por falta grave perdían su derecho a beneficios sociales.

En ese entonces, un joven Mario Pasco concluía con sólidos argumentos jurídicos que no existía ninguna razón para que no se unificara el régimen laboral de obreros y empleados, tratándolos como trabajadores en condiciones de igualdad, manteniéndose unas pocas disposiciones, como las referidas a la forma y periodicidad en el pago de sus remuneraciones, que no significaban ninguna distinción sustancial en el trato legal.

Es en esa actitud cuestionadora e inquisitiva que comienzan a perfilarse sus primeros aportes al Derecho Laboral peruano, pues si hacemos una rápida revista a los temas que alguna vez fueron objeto de su reflexión teórica, comprobaremos que prácticamente abarcó todo el espectro laboral, especialmente las áreas más críticas y sensibles de nuestra disciplina, formulando propuestas innovadoras y coherentes, con solvencia doctrinaria, y sobre todo, sustentadas en su amplio conocimiento del mundo del trabajo. No en vano la mayoría se transformó en iniciativas legislativas que terminaron siendo aprobadas por el Congreso de la República, y que actualmente se mantienen vigentes.

En este peregrinaje académico, podemos ubicar un primer hito de su biografía personal.

En la década de los ochenta fue designado viceministro de Justicia en un periodo especialmente álgido para nuestra historia republicana: se instalaba un gobierno democrático, presidido por el arquitecto Fernando Belaúnde Terry, luego de más de diez años de dictadura militar, quien delegó en su flamante ministro de Justicia, Felipe Osterling Parodi, la difícil tarea de democratizar nuestro sistema político, introduciendo las reformas legislativas que demandaba la Constitución de 1979, restableciendo la plena vigencia del equilibrio de poderes, con un Congreso elegido y un Poder Judicial demandando autonomía, correspondiéndole al ministro de Justicia la función de asesor jurídico del Presidente de la República.

El legado de la dictadura militar en materia económica fue catastrófico: las reformas estructurales del gobierno de la primera fase del General Velasco empobrecieron el agro y descapitalizaron la industria, ahuyentando a la inversión privada, nacional y extranjera en importantes sectores, debido a la omnipresencia del Estado empresario, retrasando nuestro proceso de desarrollo económico en varias décadas.

Pero lo más grave fue el retroceso que experimentó el país en valores cívicos y democráticos, puesto que el legado del gobierno militar en materia educativa, se caracterizó por una reforma educativa inconsulta e implementada en forma vertical, y por otro lado, no existía prensa libre, pues el monopolio estatal de los medios de comunicación solo permitía los contenidos complacientes a los postulados de la "Revolución Peruana", que la historia ha dado en registrar como "la prensa parametrada".

La tarea de reconstrucción democrática era, pues, un esfuerzo que debía acometer el gobierno de Belaúnde, que tuvo en el Ministerio de Justicia su aliado natural para emprender la tarea de democratizar el sistema político, así como de desatar de ataduras a la economía, liberando del yugo estatal a la iniciativa privada, teniendo en cuenta que el constituyente de 1979 le había fijado un claro norte, al que debía dirigir la economía: hacia un régimen de economía social de mercado.

Este enorme esfuerzo desembocó en la promulgación de más de dos centenares de decretos legislativos que fueron revisados en el Ministerio de Justicia, y en esta ardua tarea, destacó por derecho propio Mario Pasco, motivando que el Presidente Belaúnde deslizara la posibilidad de que sucediera al doctor Osterling en el Ministerio de Justicia. Pero como reconoció hidalgamente este último, tenía un impedimento: no pertenecía al partido político del aliado del gobierno(2).

Como viceministro de Justicia, entre los años 1980 y 1981, Mario Pasco tuvo la oportunidad de presidir varias comisiones legislativas, entre las cuales merece especial relieve la comisión que se constituyó para redactar el Decreto Legislativo Nº 276, conocido en el mundo del trabajo como *Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*, la norma de mayor trascendencia en el Sector Público, campo en el que no era frecuente encontrar especialistas en Derecho del Trabajo que provinieran del Sector Privado y que por añadidura, comprendieran el funcionamiento del Estado.

Precisamente, Mario Pasco era la excepción a la regla.

Como miembro de la Comisión Redactora del Decreto Legislativo Nº 276, cumplió un papel fundamental en la configuración técnica y coherente de la ley: en la justa y equilibrada formulación de los derechos y obligaciones del servidor público, en regular el contenido de la carrera administrativa –cuyo leitmotiv era la idea de progresión en el Estado– su compleja estructura remunerativa, pasando por los espinosos temas de la estabilidad en el trabajo y los derechos pensionarios

(2) OSTERLING, Felipe. *En Justicia*. Lima, 1981.

de los servidores públicos; todo ello de cara a lo que siempre fue su tesis de la *naturaleza estatutaria* de la relación de empleo público.

Pasco sustentaba con solvencia y vehemencia su tesis, plasmada en diversos artículos y ensayos de la época, posición que mantuvo siempre con firmeza y convicción, basada en un argumento incontrastable: que la Constitución de 1979 regulaba en capítulos separados el tema del trabajo y el de la función pública, lo que denotaba un tratamiento diferenciado para servidores públicos y trabajadores privados, lo cual era inequívocamente demostrativo que los derechos y obligaciones de unos y otros no eran simplemente intercambiables, como ocurría con el acceso a derechos colectivos como la negociación colectiva y la huelga.

No sería justo dejar de mencionar las contribuciones de Mario Pasco como presidente o redactor en otras comisiones legislativas, como su participación en la redacción de la Ley del Poder Ejecutivo, en la ley del sistema de asignaciones familiares, en el proyecto de la Ley de la acción contencioso-administrativa, de la Ley reglamentaria de la acción popular, y en la de indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, entre otras.

Culminado su paso por el Ministerio de Justicia, Mario Pasco continuó vinculado al Estado, esta vez desde un cargo público, pero en forma ad honórem, pues asumió la Jefatura del Instituto de Estudios del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social entre los años 1983 y 1985, alentando un número significativo de investigaciones en las que el IET abordó un conjunto de temas laborales desde la perspectiva interdisciplinaria, como la problemática del trabajo eventual, de los regímenes especiales de trabajo, así como desarrolló nuevas propuestas para la elaboración de una Ley general del trabajo y la reforma del proceso de negociación colectiva.

El producto de estas investigaciones, lejos de atesorarse en los anaqueles del Ministerio de Trabajo, fue difundido a través de sendas publicaciones que tuvieron muy buena acogida por parte del público especializado y el medio laboral en general, prestigiando la labor del IET, que bajo la dirección de Pasco, convocó a los más destacados laboralistas de la época, tanto nacionales como extranjeros, permitiendo un fluido intercambio de experiencias que enriqueció a nuestro medio académico nacional, y colocó al Perú en el radar del laboralismo internacional.

Una muestra demostrativa de ello fue el III Tercer Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado que se encargó de coordinar en la sede de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 1987, al que asistieron como docentes los laboralistas más representativos de Iberoamérica, como Mario Ackerman, Nestor de Buen, Wagner Giglio, Helios Sarthou, Rolando Murgas, Rafael

Alburquerque, Oscar Ermida, entre otros, quienes junto a Pasco formarían el Grupo de los Nueve, verdadero *think tank* de la época, al que fielmente contribuyó con sus valiosos aportes académicos.

El segundo hito de su trayectoria profesional, y en la que también tuvo una prolífica producción académica y normativa, se presentó a inicios de los años noventa, en circunstancias que el entorno global era diametralmente opuesto al experimentado en la década pasada: era el auge de las ideas liberales con el triunfo de la Escuela de Chicago, y el modelo económico chileno pasaba a ser el referente de la región, mientras que en el ámbito de la OCDE comenzaba a hablarse de la flexibilidad del mercado de trabajo, vocablo que aunque derivaba de la economía, comenzaba a invadir todas las áreas del conocimiento científico, entre ellas, el Derecho.

Pasco, a pesar de que no compartía la retórica liberal, entendió que esta era la oportunidad para introducir ajustes sustanciales al sistema de relaciones laborales peruano, que pasaba por emprender una reforma que recogiera los aspectos más significativos de la flexibilidad laboral, tanto a nivel mundial como regional, tomando como referente la reciente Ley Nacional de Empleo argentina, y normativas promocionales de similar orientación en los países de Europa continental como España, Francia e Italia.

Coincidió que el momento político era propicio para las reformas flexibilizadoras, pues Mario Vargas Llosa, el intelectual más representativo del pensamiento liberal, había convocado a un grupo de destacados profesionales y empresarios para que lo apoyaran en la elaboración de su Plan de Gobierno, siendo convocado a la Comisión de Oportunidades de Empleo, Mario Pasco, junto con otros destacados laboralistas de la época, como Víctor Ferro, Alfonso de los Heros, Pedro Morales, actuando como coordinador de la comisión, Carlos Guillermo Morales.

La Comisión de Oportunidades de Empleo tuvo a su cargo la elaboración de los anteproyectos de ley sobre promoción del empleo, participación laboral, relaciones colectivas de trabajo y la reforma de la compensación por tiempo de servicios (CTS), los cuales por paradojas del destino –pues quien ganó las elecciones del año 1990 no fue quien impulsó estas reformas– terminaron siendo aprobados dentro del paquete de decretos legislativos dictados al amparo de la Ley Nº 25327, que permitió legislar al Poder Ejecutivo en materia de fomento del empleo y de la pequeña y microempresa, el empleo autónomo, y la consolidación de los beneficios sociales; es decir, el núcleo duro de lo que se daría en denominar la Reforma Laboral.

Este proceso fue posible por una feliz coincidencia: Alfonso de Los Heros había sido designado como Presidente del Consejo de Ministros, reteniendo la cartera de Trabajo y Promoción Social, correspondiéndole a Pasco la tarea de revisar personalmente los anteproyectos de promoción del empleo, pequeña y microempresa, consolidándolos en lo que sería una especie de ley del contrato de trabajo, pues a su iniciativa se incorporó la temática de la "regulación de salida" (o de estabilidad laboral), pues el anteproyecto original se ocupaba principalmente del fomento del empleo a través de la flexibilización de la contratación laboral; es decir, la "regulación de entrada".

También fue determinante el aporte de Mario Pasco a la reforma del sistema de relaciones colectivas, recuperando la autonomía colectiva de las partes sociales, expropiada por el asfixiante intervencionismo estatal de las últimas dos décadas, lo cual fue plasmado en un anteproyecto de ley que recogía con depurado tecnicismo los conceptos de autonomía colectiva, libertad de las partes para reunirse sin límites y sin formalidades, regulación integral de la convención colectiva como producto de la negociación colectiva, los mecanismos alternativos de solución de los conflictos de trabajo, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, así como la huelga como legítimo instrumento de presión sindical.

Esta reforma lamentablemente no vio la luz en el periodo democrático, que se vio abruptamente interrumpido por el autogolpe de abril de 1992. Ello no obstante, en el interregno fueron recogidos muchos de los conceptos trabajados por Mario Pasco en el texto único ordenado de la ley de relaciones colectivas de trabajo, que al margen de su origen legal, paradójicamente sirvió para recuperar la libertad de negociación y la autonomía colectiva de las partes sociales, luego de décadas de intervencionismo estatal, cambio que no hubiera sido posible de no haber mediado las reflexiones de Pasco sobre esta materia.

Precisamente el periodo posterior al autogolpe de abril de 1992 fue decisivo para la configuración de un nuevo marco institucional y democrático para nuestro país, producto de las negociaciones del régimen de Fujimori en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), que demandaban se convoque a un proceso electoral bajo estrictas normas de transparencia y la vigilancia de observadores internacionales, a fin de que se elija una Asamblea Constituyente que dicte una nueva Constitución, permitiendo que el Perú supere el entrampamiento originado por la ruptura del orden constitucional.

Para esta tarea, el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático (CCD), Doctor Ricardo Marcenaro, tuvo el acierto de convocar al mismo grupo de expertos que habían colaborado en la primera etapa de la Reforma Laboral, entre los que estaba, ciertamente,

Mario Pasco, cuyos aportes en la elaboración del articulado constitucional fueron decisivos, con la particularidad que fueron recogidos textualmente por la Comisión de Constitución, sin plantear ninguna modificación durante el debate, dada la calidad técnica y el contenido del texto remitido.

A pesar de las críticas que recibió el articulado de parte de un sector que consideraba como "conquistas" laborales el catálogo de derechos que exhibía la Constitución de 1979, el trabajo técnico y prolijo del grupo de expertos en los que destacó el aporte de Mario Pasco, se logró un articulado que significó un notable equilibrio entre el listado de derechos reconocidos por el texto anterior, pues el nuevo texto reconocía derechos programáticos como el derecho al trabajo, a la protección especial en favor de la mujer, el menor de edad y el discapacitado, a la educación para el trabajo, a fomentar las condiciones para el progreso económico y social, así como otros derechos cuyo contenido esencial requeriría de normas de desarrollo, como el derecho a una remuneración equitativa, a la jornada ordinaria de trabajo, al descanso semanal y anual, a la estabilidad laboral, los derechos colectivos de trabajo, y, finalmente, el derecho a la participación laboral; es decir, todas las materias relevantes del Derecho del Trabajo.

El aporte fundamental de Pasco fue incluir tres disposiciones finales y transitorias que de haber sido recogidas en sus términos originales, hubieran permitido manejar técnicamente la problemática del sistema pensionario público, en especial su financiamiento. En efecto, durante el debate del tema pensionario, la mayoría oficialista optó por acoger la figura de la intangibilidad *de los derechos adquiridos* en materia pensionaria, a través de la Primera Disposición Final y Transitoria, constitucionalizando el mecanismo de reajuste automático de las pensiones públicas ("cédula viva").

Para mitigar estos efectos perniciosos, a su iniciativa, se recogió en la Tercera Disposición Final y Transitoria la imposibilidad de acumular tiempo de servicios bajo regímenes legales distintos, para impedir que trabajadores sujetos al régimen laboral privado puedan sumar tiempo de servicios al Estado y, por esta vía, acceder indebidamente al régimen pensionario de la "cédula viva".

Con ello se buscaba frenar las incorporaciones indebidas que se venían produciendo desde mediados de la década del ochenta en el Sector Empresarial del Estado, en el que bajo el argumento que el Estado era el mismo empleador, se adicionaba el tiempo de servicios prestado en estas empresas para acceder al beneficio de la "cédula viva", originando el colapso del sistema pensionario público, lo que hizo impostergable la creación en el año 1993 del sistema privado de pensiones (SPP) que tal forma que permitiera el autosostenimiento de las pensiones,

vía el mecanismo de capitalización de aportes por parte del trabajador, liberando al Estado de la responsabilidad directa en esta materia.

Todo ello fue posible gracias a la introducción en el texto constitucional de la norma del artículo 11, según el cual el Estado garantizaba el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, aporte de la comisión de expertos, en la que también tuvo una destacada participación Mario Pasco, cerrando con ello su segunda etapa de aportes al Derecho Laboral, y por extensión, al Derecho de la Seguridad Social.

Relacionado con este último tema, un tercer hito en el que podemos ubicar los aportes de Mario Pasco, es en el campo de la reforma del empleo público, en el transcurso del año 2001, año crucial puesto que se había producido una nueva crisis institucional en el país, a partir de la renuncia de Alberto Fujimori al Gobierno, resuelta a través de la designación del doctor Valentín Paniagua como Presidente Constitucional por parte del Congreso de la República, iniciándose el Gobierno de Transición.

Dada la naturaleza del mandato conferido al Gobierno de Transición, que no era otro que conducir el proceso de transición democrática, este se avocó a tareas precisas y definidas, buscando estabilizar el país a nivel político, económico y social, a fin de conducir un proceso electoral ejemplar e inobjetable a los ojos del país y de la comunidad internacional.

Esta fue una nueva oportunidad para que Pasco volcara sus conocimientos y experiencia en el Sector Público, especialmente la etapa en la que participó como miembro de la Comisión Redactora del Decreto Legislativo Nº 276, que como hemos señalado, configuró el régimen general aplicable al personal de la Administración Pública.

Coincidentemente, el Gobierno de Transición decidió emprender un estudio de la situación del personal de la Administración Pública, que comprendía además del análisis del régimen de carrera pública, el espinoso tema pensionario de la "cédula viva", que Pasco conocía perfectamente, pues como abogado litigante había defendido los intereses del Estado en varios casos de incorporación indebida al régimen del Decreto Ley Nº 20530, ocurridos en una importante empresa pública.

Curiosamente, en estos procesos, el adversario de Pasco había sido el Presidente Paniagua, correspondiéndole a su ministro de Trabajo, doctor Jaime Zavala Costa, asumir el encargo de dictar la normativa necesaria para la constitución y composición de una Comisión Multisectorial que se avocara a formular

un diagnóstico de situación, así como de proponer alternativas de solución a esta compleja problemática.

Constituida la referida Comisión, y por corresponder al Sector Trabajo, el ministro de Trabajo y Promoción Social, doctor Jaime Zavala Costa, designó a Mario Pasco como consultor de la Comisión Multisectorial, a fin de que proporcione el apoyo legal necesario para la elaboración del informe de situación del personal de la Administración Pública.

El diagnóstico elaborado por la Comisión Multisectorial fue tan esclarecedor como preocupante: coexistían dentro del Estado numerosos regímenes de contratación, y uno de ellos, mal denominado contrato de servicios personales (SNP), no tenía ningún referente normativo, y a pesar de ser un sector numéricamente significativo, carecían de todo tipo de protección social, no obstante laborar un tiempo prolongado al servicio del Estado.

El sistema remunerativo era caótico, por el número de conceptos remunerativos creados sin ningún análisis técnico, y si a ello sumábamos que por mandato de las leyes de presupuesto desde inicios del noventa habían sido congeladas las remuneraciones en el Sector Público –debido al efecto espejo que tenía el régimen de la "cédula viva", pues a cada incremento remunerativo del servidor activo debía reflejarse en el pensionista de igual nivel y categoría, el panorama era crítico– el balance era abrumadoramente negativo.

Había que ponerle el cascabel al gato. El informe de la Comisión Multisectorial redactado por Mario Pasco, abordó el tema en forma integral: debía reformarse el régimen de carrera pública, sustentado en el concepto de escalafón, que permitía que el servidor público "progresara" en la carrera por su tiempo de servicios al Estado, sin tener cuenta otros factores, como la productividad o valor agregado que aportaba su trabajo, como demanda un Estado moderno.

El informe de la Comisión Multisectorial ha sido por muchos años, documento de consulta obligatorio para la formulación de políticas públicas relacionadas con la gestión del empleo público, especialmente sus análisis y recomendaciones han constituido insumo fundamental para los cambios que se dieron durante los gobiernos de Alejandro Toledo y el segundo gobierno de Alan García.

Casi al culminar el gobierno del Presidente Toledo, en el año 2004, precisamente se dicta la Ley Marco del Empleo Público, que recogía buena parte de los lineamientos de la Comisión Multisectorial, pues apuntaba hacia la modernización del aparato público, con la introducción obligatoria de criterios de productividad, fijando una nueva categorización del personal al servicio del Estado, creando una

línea de carrera inmune a los cambios políticos, con la creación de las categorías de directivos superiores y ejecutivos, quienes junto con el personal de confianza política tendría a su cargo la ejecución de las políticas públicas.

Asimismo, se proponía la creación de un organismo rector, y de un tribunal administrativo encargado de resolver las controversias sobre el empleo público, que serían, respectivamente, el Consejo Nacional del Empleo Público y el Tribunal del Empleo Público, figuras previstas en el acotado informe.

Lamentablemente, para que pudiera operar la reforma era necesario que se dictaran normas complementarias, referidas a la nueva carrera pública, a los servidores y funcionarios públicos, al sistema de remuneraciones, al tema de la gestión del empleo público y al régimen de incompatibilidades para personal al servicio del Estado; normativa que lamentablemente no se dictó, quedando como tema pendiente para la agenda pública del siguiente gobierno.

El cuarto hito en la trayectoria personal de Mario Pasco se da en el segundo gobierno de Alan García, cuando fue designado como ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, en una coyuntura muy particular: la implementación del componente laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC), para lo cual debían acometerse diversas reformas institucionales en materia de reforzamiento de los mecanismos de fiscalización laboral, tendientes a hacer cumplir nuestra normativa sobre la materia, en concordancia con la *Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo* adoptada en 1998.

Esta consigna se hizo necesaria atendiendo a que el mecanismo de la ATPDEA expiraba en el año 2006, por lo que correspondió al segundo gobierno de Alan García implementar la normativa nacional para adecuarla a los estándares fijados por el Capítulo Laboral.

Son diversos los aportes de Pasco durante su gestión como ministro de Estado en esta etapa, que se dio entre los años 2008 y 2009. Algunos de ellos, relacionados a la coyuntura del TLC con los Estados Unidos, como la normativa sobre tercerización laboral o la Ley de Mypes, en los que puede percibirse sus aportes. Sin embargo, el peso específico de los Ministerios de la Producción y de Economía y Finanzas mediatizaba los puntos de vista del "Sector Social".

Sin embargo, la contribución mayor de Pasco en esta etapa radica en dos normas legales que impactaron en forma decisiva en el desenvolvimiento del Derecho del Trabajo en nuestro país, no obstante corresponder a dos ámbitos claramente diferenciados, pues el primero se ligaba a la formalización del empleo

público, y el segundo, a una reforma sustancial a las normas sobre los procesos judiciales en materia laboral.

La primera de ellas fue la dación del Decreto Legislativo Nº 1075, que regula el denominado contrato administrativo de servicios (CAS), norma con la que el Estado peruano saldaba una deuda pendiente con su personal, pues en la Comisión Multisectorial el CAS había sido planteado por Pasco como solución normativa frente a la desprotección sufrida por los trabajadores contratados bajo la modalidad de servicios no personales (SNP).

Tanto en la Exposición de Motivos como en diversos ensayos, Pasco reconocía que la solución proporcionada por la norma en cuestión era transitoria, por lo que luego de un plazo razonable, el Estado debía proceder a la incorporación del personal SNP en forma progresiva, conforme a su disponibilidad presupuestal, que era la razón fundamental para no hacerlo en forma inmediata, pues quebraría al erario nacional.

Ciertamente el elenco de derechos que Pasco consideró en la norma quedaba circunscrito a los enunciados como derechos fundamentales en la Constitución, como la jornada de trabajo y descansos semanales, vacaciones, acceso a la seguridad social, y la protección contra el despido arbitrario, traducida en el pago de una indemnización.

A pesar de las fuertes críticas que recibió por la norma del CAS, Pasco se mantuvo firme en su posición, y la defendió en cuanto foro fue convocado.

Al final, el propio Tribunal Constitucional convalidó la constitucionalidad del CAS, dándole la razón frente a los cuestionamientos provenientes de los sectores académicos ligados a las posiciones de defensa de los trabajadores, los cuales confundían el concepto de régimen laboral con la equiparación automática a los beneficios del régimen laboral privado, desconociendo su naturaleza de *régimen especial* y el *carácter estatutario* de la relación de trabajo en la Administración Pública que origina que estas prestaciones se regulen por normas administrativas, y no las normas típicas del Derecho Laboral común.

El segundo aporte de Mario Pasco en esta última etapa, es, quizás el de mayor alcance en su largo recorrido, pues como integrante de la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley Procesal del Trabajo, fue el principal impulsor de la implantación de la oralidad en el proceso laboral, que se vio plasmado en la Ley Nº 29497, dictada el 15 de enero de 2010, que viene siendo implementada en forma progresiva en las distintas Cortes Superiores de nuestro país.

Ciertamente con ello, Pasco coronó un récord académico envidiable, al haber acumulado sendas contribuciones tanto al régimen laboral privado como al público, a la seguridad social, a las relaciones individuales como a las colectivas de trabajo, pues completaba el componente procesal, que fue ampliamente cubierto por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, comúnmente conocida por sus siglas "NLPT", dando inicio a un proceso de transformaciones en el ámbito procesal que pone a nuestro país en la avanzada de países de la región, como Chile, Venezuela, Colombia y Ecuador, para citar los más representativos.

El interés de Pasco por el tema procesal no era nuevo. Durante mucho tiempo su cátedra de Derecho del Trabajo estuvo destinada al estudio del derecho individual y colectivo del trabajo. Sin embargo, desde fines de la década de los noventa, su interés se había volcado al Derecho Procesal del Trabajo, y prueba de ello es su conocida obra *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, editada para sus alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 1997.

Además de participar en la revisión del anteproyecto de la NLPT, Pasco fue un gran promotor de las bondades del principio de oralidad como eje principal de la reforma procesal, pero a la vez un reflexivo crítico de su implementación, pues por su larga experiencia en el Sector Público, lidiando con limitaciones presupuestarias, sabía perfectamente el riesgo que se corría si la implementación no se realizaba en forma adecuada, sobre todo contar con los recursos necesarios para la plataforma tecnológica en que debía constituirse cada Juzgado de Trabajo en nuestro país.

De ahí que la reforma procesal se implementó en forma progresiva, atendiendo a criterios de carga procesal y disponibilidad de recursos con los que contaba el Poder Judicial, al que correspondió designar las sedes de Corte en las que comenzaría a implementarse la NLPT.

Pero la contribución de Pasco no se detuvo en la puesta en marcha del sistema, sino que era necesario mirar más allá de nuestras fronteras jurídicas para ver como podrían hacerse ajustes para potenciar aún más la NLPT, por lo que impulsó la realización de un Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, al que se invitaría a los más destacados procesalistas laborales de la región, para que alternaran con nuestros exponentes nacionales.

Como ha sido reconocido por el actual Presidente de la Sociedad, el primer día de nuestra gestión, Mario propuso a la actual Junta Directiva la realización de este importante evento académico, aportando valiosas ideas para la estructura del

programa, relación de invitados, etc., todo lo cual se fue perfilando al interior de un Comité Organizador que se constituyó para el efecto.

Revisando la publicación efectuada por la Sociedad sobre el II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, puede comprobarse el aporte de Mario Pasco a nivel académico, lo cual constituye un fiel testimonio de la calidad y dedicación que le imprimía a cada uno de los emprendimientos en los que participaba, y eso consideramos, será otro de sus grandes legados para quienes hemos temido el privilegio de alternar con Mario en esta faceta.

Precisamente, el último de estos emprendimientos que ha quedado en el tintero es uno de gran alcance, esta vez global: Pasco se había propuesto en el IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, realizado en Guayaquil, Ecuador, en octubre de 2013, que Lima fuera la sede del Congreso Mundial en el año 2021, año del bicentenario de nuestra independencia nacional.

Durante dicho Congreso, desarrolló un sutil acercamiento a los directivos de la Sociedad Internacional –nuestra matriz– aprovechando que el Secretario actual era un apreciado amigo suyo, así como de nuestra Sociedad, dejando abonado el terreno para que este sueño se haga realidad, y podamos por primera vez, albergar un evento de esta magnitud, como exitosamente lo hizo la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo hace apenas tres años.

Finalmente, de lo recogido apretadamente en esta semblanza, no nos cabe ninguna duda de que el aporte de Mario Pasco, en todos los campos de nuestra disciplina, ya forma parte esencial de la historia del Derecho del Trabajo peruano.

Por ello, su legado permanece en cada una de las normas que fue objeto de su reflexión teórica y de su inconformidad frente a lo que se daba por sentado como dogma, y que lo impulsaba a la búsqueda de soluciones. Lo podemos resumir en tres palabras: Un jurista completo.

JAIME ZAVALA COSTA(*)

CARLOS GUILLERMO MORALES(**)

Lima, marzo 2015

(*) Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministro de Trabajo y Promoción Social durante el Gobierno Constitucional de Transición (2000-2001).

(**) Alumno de Mario Pasco en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 1979. Posteriormente ha colaborado con él en algunas de las etapas que se reseña en la presente semblanza.

TESTIMONIOS DE AMISTAD

MARIO MEMORIAS

Mario sigue vivo. Por lo menos en lo que a mi concierne ya que constantemente lo tengo en la mente y en el recuerdo, pues fuimos amigos. No amigos pegajosos que se llaman todos los días, pero si amigos profesionales que se conocían desde sus orígenes estudiantiles. Intercambiábamos consultas e ideas y casi siempre coincidíamos.

Nos conocimos en el año 1957 cuando ingresamos a la Facultad de Letras de la Universidad Católica integrando una promoción que con el transcurso del tiempo y por fuerza de las circunstancias estuvo poblada de laboralistas entre los cuales se encontraba el propio Mario, Alfonso de los Heros, Fernando Saravia Garrido Lecca, Glicerio Camino Mendívil y yo.

En el referido año, todavía en Letras, tuve la suerte (por decir algo ya que creo que fue un acto de nepotismo ya prescrito de un tío, entonces Ministro de Trabajo, que era testigo de mi magra economía). Atendiendo mis súplicas me nombró como empleado de última categoría en el Ministerio de Trabajo. Inicialmente ocupé una plaza en la biblioteca del Ministerio de Trabajo que resultó ser la culminación de mi sueño de estudiante ya que me pagaban un sueldo por cuidar y leer libros.

Era frecuente que pasara por él en mi "Vespa" para llevarlo a la universidad contándole constantemente mis experiencias en el trabajo ya más focalizadas en lo que sería después nuestra profesión ya que después de una corta estancia en la biblioteca, valiéndome de mi relación familiar ya confesada, aproveché para desplazarme a través de diversas dependencias (conciliación, inspección, asesoría jurídica y finalmente Juzgados de Trabajo). Creo que Mario se fue entusiasmando con la rama laboral por los constantes relatos de mis aventuras de trabajo y al poco tiempo, de una manera u otra, logró ingresar al Ministerio de Trabajo donde nos encontramos con otros estudiantes interesados en la rama laboral entre

los cuales se encontraba Julio César Barrenechea (que después ocupó importantes cargos en la administración de Trabajo), el ahora notario Jorge Eduardo Orihuela Ibérico y otros integrantes de esa generación.

Tuvimos una activa participación en la organización de la Semana Universitaria en la Universidad Católica, encargándonos de una serie de actividades en las que ya Mario ponía en evidencia su vena artística y teatral. Fuimos guionistas y actores en la preparación de representaciones teatrales donde comenzó a desarrollarse la afición teatral de Mario que posteriormente lo llevaron al teatro de la Universidad Católica, donde tuvo como siempre una destacada participación. Esa vocación la encontramos constantemente reflejada en las cualidades oratorias de Mario.

Mi pase a la Universidad de San Marcos por necesidades de tiempo para trabajar, me distanció físicamente de Mario por unos años, pero continuábamos frecuentándonos en las inquietudes estudiantiles cuando nos encontrábamos en nuestros horarios diferentes. (En esa época la comunicación no era fluida como ahora, los teléfonos escaseaban, el internet no existía y el contacto era personal o no era).

Ya en el ejercicio profesional y ambos en la docencia universitaria, participamos en eventos académicos fuera del país, observando a los profesionales de la generación que nos antecedió en sus círculos académicos, así comenzamos a sentirnos cómodos en dicho ambiente. A Mario le apasionaba la vía académica internacional y comenzó a destacar en ella llegado a ser el máximo exponente internacional de jus laboralismo peruano, lo cual es un orgullo para nuestra generación.

Mario fue sobre todo un consultor. Analista acucioso de los problemas que se le presentaban, siempre daba una solución adecuada. Su capacidad de expositor lo conducía a emitir informes orales impactantes. El verbo, gesto y razonamiento se combinaban para persuadir en las causas que defendía.

Poco tiempo antes de su partida le dije que estaba haciendo una colección de procesos judiciales de acuerdo con la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Me proporcionó uno donde dejó registrada para la posteridad su capacidad como abogado ya adecuado al procedimiento en cuya creación tuvo un rol protagónico. Lo tengo allí como testigo de la presencia de Mario que ha partido, pero que a su vez está entre nosotros, defendiendo con entusiasmo y ardor la causa que había asumido como lo hacía con todo lo que emprendía.

Un día antes de su partida Mario me llamó para saludarme por mi cumpleaños. Teníamos ya una suerte de rito preestablecido. Yo lo llamaba el día que

cumplía años, el 6 de enero, para reconocerlo como mi mayor por dos meses y a partir de ese momento y hasta el mío el 28 de febrero, lo trataba de Ud. y de Dr. Pasco **porque era mi mayor**. Cuando llegaba mi fecha y nos equiparábamos en edad me daba licencia para tratarlo de tu y de "Mariopolis" como me acostumbré a llamarlo desde la Universidad a lo que el replicaba con "Ferdinando" como me trataba dentro de su reconocida habilidad para poner "chapas". Por ello, cuando al día siguiente me llamó Jaime Zavala para darme la triste noticia simplemente no lo podía creer, como hasta ahora no lo creo.

En consecuencia Mario sigue y seguirá vivo en el recuerdo de todos nosotros. Su vitalidad lo mantendrá entre nosotros todavía por mucho tiempo.

FERNANDO ELÍAS MANTERO

RECUERDO DEL AMIGO

Querido Mario,

No podía estar ausente en un libro en homenaje a tu memoria. Sin embargo, en lugar de tratar un tema jurídico, he optado por comentar algunos aspectos de nuestra amistad que se prolongó por cerca de 40 años.

La primera vez que supe de ti fue cuando hacía mis pininos como practicante en el Ministerio de Trabajo, encargado de proyectar resoluciones en reclamaciones laborales. En tu condición de abogado litigante tuve la oportunidad de escucharte en diversas ocasiones exponiendo tus casos ante la Autoridad Administrativa llamada a resolver los procedimientos que patrocinabas. Desde un primer momento tuve clara tu elocuencia para sustentar tus puntos de vista, al igual que tu dicción y capacidad para responder con sagacidad alguna observación que se te formulaba.

En ese entonces el Ministerio de Trabajo enviaba a algunos de sus practicantes a asistir a eventos académicos. Así, en el año 1974 me tocó coincidir contigo en Trujillo, en la Jornada Latinoamericana de Derecho del Trabajo y Primera Convención de Derecho del Trabajo en el Área Andina, en la que participaban ilustres maestros de la región como Américo Plá, Mariano Tissenbaum, Rafael Caldera y José Montenegro Baca, entre otros. Pude apreciar que te desenvolvías como pez en el agua en aquel evento y la forma como disfrutabas del intercambio inteligente de ideas. Ese pasó a ser un signo distintivo a lo largo de tu vida: tu intensa y prolífica participación en eventos académicos. Es incontrovertible que no hemos tenido otro laboralista peruano que tantas veces haya intervenido como ponente en eventos de primer nivel vinculados al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, tanto en el país como en toda la región latinoamericana. Tuve el privilegio de estar presente en varios de estos eventos y en todos ellos hubo un común denominador, tus ponencias no solo descollaban nítidamente sino que eran

frecuentemente reconocidas como brillantes, incluso por quienes no coincidían con tus planteamientos.

Fue por esos años que nuestra relación se hizo circunstancialmente cercana. Tu prestigio profesional te había llevado a la presidencia de la Asociación de Relaciones Industriales (hoy Aperhu) y la línea aérea nacional te había contratado como asesor en donde yo, por azares del destino, me desempeñaba como Encargado (sic) del Departamento Laboral: quien era mi jefe había enfermado seriamente y yo con tres meses en la empresa, 21 años de edad y recién egresado de la universidad tuve que asumir un área particularmente compleja en la aerolínea. La empresa tuvo el buen tino de requerir tus servicios, seguramente pensando que mientras se conseguía al reemplazante de mi jefe, había que prevenir que el jovencito que estaba a cargo hiciera destrozos. Fue una época particularmente gratificante para mí. Discutíamos las opiniones legales que debía emitir, analizábamos las contingencias involucradas y qué tan sólidos estaríamos si el tema pasaba a ser litigioso. Tu consejo era prudente sin dejar de asumir un nivel de riesgo calculado. Aprendí contigo que una cosa es ser el tipo de abogado que se limita a recitar lo que dice la norma y otra, muy distinta, encontrar una solución al problema dentro del marco de la ley.

Eso no nos impedía disentir ocasionalmente. Tengo grabado en la memoria un caso de despido. La empresa deseaba separar a quien las indagaciones sindicaban como presunto responsable de sustracciones sistemáticas, mientras yo creía que las investigaciones habían sido insuficientes. La gerencia te convocó para que dieras tu opinión, la cual se inclinó por la desvinculación, advirtiendo, sin embargo, la contingencia involucrada. El despido se llevó a cabo. Pocos meses después, y al continuar las sustracciones, una vigilancia más estrecha logró descubrir *in fraganti* al verdadero responsable y encontrar buena parte de lo sustraído. Con cara de "te lo dije" te mostré el acta. Tu respuesta fue muy puntual. Mencionaste que en la vida profesional estas situaciones ocurren y que en estos casos nuestra responsabilidad como abogados es dar el mejor consejo legal con honestidad y con vista a los hechos y evidencias obtenidas. Pero la decisión la toma el cliente, agregaste, y que lo que nos correspondía ahora era advertir a la gerencia que el caso ya no se podía ganar. Sin embargo, en la reunión con la gerencia fuiste más allá: luego de comentar la evolución que había tenido el asunto agregaste algo que nadie te había pedido, indicaste que fui yo quien había tenido la correcta apreciación del caso. Ese gesto evidenció algo que después pude constatar innumerables veces: tu pulcritud y sentido de la corrección en el manejo de los temas profesionales.

Por esa época también fuiste mi asesor de tesis en un tema que muchas veces me desbordó: "La estabilidad laboral en los países del Grupo Andino". Me recibías en tu oficina o en tu casa, me dabas libre acceso a tu voluminosa biblioteca y fuiste un crítico mordaz cuando estimaste que algún planteamiento no había sido adecuadamente desarrollado. La calificación de "recomendación de publicación" que obtuve por ese trabajo no hubiese sido posible sin ese consejo oportuno y atinado. Muchos de los que hoy peinamos canas guardamos contigo similares deudas de gratitud.

Vinieron después algunos audaces encargos tuyos, como reemplazarte cuando debías ausentarte al dictado de alguna de tus clases en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que tenías un bien ganado prestigio como destacado profesor. Esos fueron mis inicios en la docencia en nuestra alma máter, con la que estuviste tan involucrado, y a la que consagraste esfuerzo, cariño y dedicación. Alguna vez en tu oficina, cerca de las fotos de tus hijos Iván y Mario, vi que habías colgado algo que considerabas un galardón inapreciable: el oficio de nuestra universidad nombrándote Profesor Principal.

En la aerolínea me ofrecieron promocionarme al cargo de gerente de administración. Ya casado y con mi primera hija en camino, la perspectiva económica del nuevo cargo no dejaba de ser tentadora. Acudí a ti, Mario, en busca de consejo. Tu respuesta fue escueta pero contundente: Tú eres abogado, me dijiste, no ejecutivo de empresa. Renuncié y seguidamente me vinculé a uno de los estudios de renombre de aquella época.

Asistimos a numerosos congresos propios de la especialidad. Se me vienen a la memoria eventos en Madrid, Buenos Aires, Montreal, Atenas, Santiago, Caracas, San José, Bogotá, París, Montevideo, Santo Domingo, México, Jerusalén y Toledo, además de los muchos eventos que tuvimos en Lima, Trujillo, Arequipa, Cusco, Chiclayo, Piura, etc. En diversas ocasiones viajábamos con nuestras cónyuges quienes congeniaban muy bien y nos motivaban a tomar unos días de vacaciones luego de concluido el evento. También era la ocasión para ser blanco de sus irónicos comentarios, como aquella ocasión en que tú, robusto y de buena talla, optaste por subir en burro a la parte alta de la isla Santorini. Ello dio lugar a que Úrsula y Mirtha se erigieran en defensoras de los derechos del jumento por el desafío al que iba a ser expuesto mediante tu importante humanidad a cuestas.

Tu tamaño te pasaba facturas. En Santo Domingo, con ocasión de la incorporación de distinguidos juristas a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, los miembros presentes tenían que lucir una vistosa toga ceremonial, que los organizadores habían facilitado. A la mayoría, y

como era de esperarse, la toga les llegaba hasta los tobillos, pero la única que quedaba disponible te quedaba particularmente corta. Más tarde me comentarías que era la primera vez que asistías a un magno evento en minifalda.

Hubo vínculos que nos acercaron con profundidad y calidez. Querías que Mario hijo sea laboralista como tú, pero previendo la natural rebeldía de todo joven ante lo que pudiera ser tomado como la imposición del padre, me planteaste tu interés en que se desempeñe como practicante en mi Estudio y que rote por distintas áreas. Cuando le tocó integrar el Área Laboral, brotó rápidamente ese talento natural que Mario hijo tiene hacia el Derecho del Trabajo, y hoy contamos con un brillante sucesor de tu estirpe.

Nuestra amistad era sólida y horizontal, pero no por ello, o quizá precisamente por ello, no te reservabas críticas, cuando estimabas que algún trabajo mío había pasado por alto un aspecto que considerabas relevante. Tus comentarios me motivaban a profundizar el análisis, a encontrar un ángulo distinto al tradicional. Y a pesar de la diferencia de edades, ese camino era uno de doble vía. Recuerdo que tu primera participación como ponente en un evento de alcance continental se dio en el Primer Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se llevó a cabo en Buenos Aires en al año 1987. Tuviste una exposición impecable pero aséptica, y así te lo hice notar. El siguiente ponente careció del mismo rigor pero su presentación fue una pieza de oratoria de aquellas que tocan fibras y despiertan emociones. El público así lo percibió haciéndolo manifiesto con la distinta intensidad de los aplausos. Me comentarías después que una cosa es la ponencia y otra la exposición y que mientras en la primera el rigor de la lógica jurídica debía ser su cualidad más notable, en la segunda, sin abandonar esa premisa, debían agregarse notas de énfasis y emoción si se deseaba cautivar al auditorio.

Muchas veces apreciè que habías asimilado esa experiencia en tus exposiciones, como cuando diste el discurso inaugural en el Cusco, con ocasión del Primer Congreso Procesal del Trabajo, en que hiciste una vibrante mención a las rocas que habían edificado imperios y obras imperecederas, desde Roma hasta China y que era alrededor de las rocas de Sacsayhuamán que hoy nos tocaba construir otro imperio, el imperio de la ley y el acceso efectivo a la justicia por parte de quienes se veían postergados en la obtención de sus derechos. Tengo grabada en la memoria los ojos enrojecidos de una querida jurista argentina ante la emoción que le despertaban tus palabras.

Tus dotes no se agotaban en tus cualidades de orador. Tu impulso a nuestra disciplina era ilimitada. Fuiste uno de los fundadores de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y propulsaste que su carácter sea

plural como corresponde al debate científico de las ideas y contribuiste decididamente a que lo más graneado del laboralismo peruano cuente con un espacio de encuentro y debate riguroso y alturado.

Sin embargo, donde tu huella alcanzo innegable trascendencia fue como propulsor de normas laborales. Fue en los años noventa en que el Movimiento Libertad que presidía Mario Vargas Llosa nos convocó para participar en una comisión de Plan de Gobierno en materia laboral. Allí, junto con varios amigos laboralistas planteamos algunas ideas vinculadas a la reforma de la legislación laboral peruana. Quiso el destino que esas elecciones tuvieran un resultado inesperado, pero varios de los que participamos en esa tarea fuimos posteriormente convocados por el ministro de Trabajo del gobierno elegido para plasmar esas ideas de reforma en normas legales a ser impulsadas a través de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo. Desde allí, y bajo tu incansable iniciativa, se reformó buena parte de la legislación laboral peruana, incluida las normas sobre gratificaciones, vacaciones, jornada de trabajo, compensación por tiempo de servicios, participación en las utilidades, seguro de vida, relaciones colectivas de trabajo y estabilidad laboral, entre otras. Atesoro la jornada que pasamos en mi casa contigo y con Alfonso de los Heros dando los toques finales al Decreto Legislativo Nº 728, con el bolero de Ravel como inacabable música de fondo, a pesar de que me decías que era la sinfonía más monótona que jamás se había creado.

Años después, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República nos convocó para formar parte de un Comité encargado de elaborar el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. Integramos así, conjuntamente con Carlos Blancas, Javier Neves y Alfredo Villavicencio, y con la coordinación de Adolfo Ciudad, un comité que a pesar de su evidente pluralidad, le fue factible ponerse de acuerdo en prácticamente todos los temas. Tengo claro que a esos consensos contribuiste decididamente.

Tu inquietud reformadora no se limitaba a los aspectos sustantivos de la legislación laboral. Tuviste también gravitante actuación tanto en la elaboración de la anterior Ley Procesal del Trabajo como en la actual, luego de impulsar por varios años lo que considerabas revolucionario en la administración de justicia, la oralidad, que hoy rige nuestro procedimiento laboral. Fue igualmente valioso tu impulso en la promulgación de la Ley de Tercerización cuando te desempeñaste como ministro de Trabajo.

A ello se agrega tu extensa obra doctrinaria. Entre libros individuales, libros en equipo, obras colectivas, artículos y ponencias suman más de 340 los trabajos publicados. Estoy seguro que muy pocos laboralistas pueden exhibir semejante pergamino, asombroso en lo cuantitativo y notable en lo cualitativo

Nuestras afinidades personales, Mario, eran muchas y variadas. Disfrutábamos intensamente el teatro –del que fuiste no solo cultor sino actor– al igual que la gastronomía y los vinos de buena cepa, que frecuentemente compartíamos con Luis Aparicio Valdez, quien nos dejó antes que tú, Fernando Elías, Alfonso de los Heros, Jaime Zavala y Pedro Morales, en el así denominado Grupo de los Siete. A ello se agrega, Mario, que no solo fuimos vecinos de barrio durante todos los años de nuestra amistad sino que incluso nuestras mascotas jugaban en el mismo parque, lo que facilitaba nuestros constantes encuentros y conversaciones.

No es, pues, ningún misterio, Mario, que tu partida me afectó notablemente y que transcurrido un año de esta muchos de nosotros seguimos sintiendo el vacío de tu ausencia.

Adiós, querido Mario.

VÍCTOR FERRO DELGADO

TESTIMONIO DE AMISTAD

Querido Mario:

Debí escribir un artículo de nuestra especialidad, para tu libro homenaje, al que nos comprometimos luego de tu inesperada partida. Ha transcurrido cerca de un año, en que te seguimos recordando vívido y vital en nuestras mentes y reuniones; pero he preferido dar mi testimonio, reducido por cierto, de nuestra amistad de años.

Quiero expresar que en este testimonio, están implícitamente mencionados y reconocidos no solo los miembros de nuestro Grupo sino también nuestros laboralistas amigos con quienes participamos en tantas actividades; sin perjuicio de ello, como se trata de un testimonio mío respecto de ti, me referiré, por ende, mucho a los dos.

Cuando ingresé al Estudio Echecopar, en noviembre de 1973, mi asociado y luego socio y cuasi hermano, Alfonso de los Heros Pérez Albela, me hablaba mucho de ti. Me contaba que eran muy amigos junto a Fernando Elías Mantero; los tres de la misma promoción de Derecho de la Católica, pero yo no te conocía.

Pasó el tiempo y con motivo del estudio efectuado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) sobre la estabilidad laboral absoluta en el Perú, publicado en la revista *Caretas* el 21 de octubre de 1985 nos conocimos, pues fuimos entrevistados en la misma oportunidad porque el ILD quería contar con nuestras opiniones.

El tiempo siguió pasando y ya con una relación fluida, en 1988, específicamente el 14 de julio de dicho año, se fundó la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), con nuestro recordado Luis Aparicio Valdés, Roger Zavaleta Cruzado y tú.

Alfonso, entre otros laboralistas fue invitado de inmediato a incorporarse a la Sociedad. Al poco tiempo lo hicieron conmigo.

De ahí, hemos tenido una larga carrera o mejor dicho, tiempo de amistad y de cooperación al desarrollo del Derecho del Trabajo en el Perú, junto con otros amigos laboralistas del país, con quienes organizamos seminarios, conversatorios, congresos, etc.

En la década de los noventa, formando parte de diversas comisiones consultivas del Ministerio del Trabajo, también, junto a los más reconocidos laboralistas del país, de todas las tendencias, hicimos realidad la más importante reforma laboral (es lo que yo creo), modernizándola y adaptándola al mundo global en el que nos insertamos, luego de la debacle que significaron las décadas de los sesenta y ochenta para nuestro país.

Recuerdo por ejemplo, mi querido Mario, que hasta ese entonces los trabajadores obreros y empleados tenían legislaciones laborales especiales, para una y otra categoría; muchas veces contradictorias, lo que era antitécnico, absurdo y discriminatorio, por la connotación peyorativa, que significaba en ese entonces, estar comprendido en la condición de "obrero".

Por eso, los laboralistas que fuimos convocados, trabajamos en la reforma; primero para unificar la legislación laboral para que no hubieran diferencias. Nada de "obreros", ni de "empleados"; todos "trabajadores". Fue una razón de dignidad, de terminar la discriminación de tantos años. Lamentablemente ese significativo logro no fue apreciado de manera palpable. Pero *in pectore*, por lo menos los laboralistas conocemos que fue un acierto.

Te acuerdas Mario de toda la legislación laboral en la que trabajamos, con nuestros amigos especialistas, no solo en el Derecho sustantivo laboral, sobre la relación de trabajo, desde su inicio hasta su culminación, incluyendo las normas sobre jornadas y horarios de trabajo, seguro de vida, la compensación por tiempo de servicios, que realmente se revolucionó; gratificaciones; utilidades; contratación temporal, etc.

En especial fuiste tú, el que redactó y defendió con ahínco la actual Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que ahora cuenta con diversas modificaciones, pero que, sin duda, constituyó un avance importantísimo en la materia, no solo por darle rango de ley a esta normativa, sino también por las innumerables novedades que introdujo, entre ellas, el arbitraje, para resolver las negociaciones colectivas que no logran decidirse en trato directo, conciliación o mediación

Mi recordado Mario, mientras pasaba el tiempo paralelamente, tú como Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y luego como parte de innumerables comités organizadores de congresos y seminarios y yo como miembro de diversas directivas de la misma institución, y;

en su momento, también Presidente, trabajamos juntos, con varios miembros de la Sociedad con todo el entusiasmo del mundo para organizar congresos nacionales y regionales. Mucho recuerdo "El Congreso Regional Americano" que se celebró en Lima, del 16 al 19 de setiembre de 2001, en el que participaron reconocidos laboralistas del Continente entre ellos Américo Plá Rodríguez, a quien, junto a Oscar Ermida, gran amigo nuestro y del Perú, acompañamos a sus congresos y encuentros binacionales en el Uruguay.

Recuerdo Mario, algunos de los congresos que organizamos: el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal de Trabajo que se llevó a cabo en la ciudad del Cusco los días 30 de abril, 1 y 2 de mayo de 1997, en que además, para dicha ocasión, convocaste a mi hija, María Isabel para que diseñe toda la papelería y, desde ahí, salvo contadas excepciones, ella se ocupa del diseño gráfico de la papelería de todos o casi todos los eventos que organiza la Sociedad que requieran de su apoyo.

El segundo, en Piura, los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2013, que fue, según entiendo, el último al que no solo asististe, sino que organizaste con notable éxito y del que todavía tus discursos resuenan en la memoria de todos los asistentes.

Pero, querido Mario, no puedo dejar de recordar, que por la afinidad natural que se dio en el tiempo, formamos un Grupo: El de los Siete: Lucho Aparicio, tú, Alfonso de los Heros, Fernando Elías, Jaime Zavala, Victor Ferro y quien escribe este testimonio.

Este Grupo, la verdad, fue más de profunda amistad que de producción. Siempre nos propusimos preparar libros y realizar otras actividades, pero el quehacer profesional y nuestras otras ocupaciones académicas y de la Sociedad, en alguna forma frustraron nuestra entusiasta intención.

Pero, lo más importante, es que nuestro Grupo estuvo muy afiatado, pues en nuestras reuniones, conversábamos de la problemática laboral vigente, con lo que en alguna forma continuamos influyendo en la legislación del país.

Tu pase como ministro de Trabajo en los años 2007 y 2008 fue espectacular, porque promoviste leyes relevantes para el servicio público y, además, promoviste la actual y modernísima Ley Procesal del Trabajo, que ha puesto a nuestro país a nivel de los más avanzados del mundo.

En lo personal, no sabes cuánto aprecio que tuvieras la bonhomía de proponerme para la "Orden del Trabajo" en el Grado de Comendador, con motivo del Primero de mayo de 2008.

Nunca me olvidaré, querido Mario, de ese momento en el que concurrí con Rosa y mis hijos a Palacio de Gobierno, y tú y el Presidente de la República me impusieron esa condecoración.

Recuerdo ahora, nuestros viajes a congresos mundiales, regionales y nacionales, muchas veces con nuestras esposas, que se convirtieron en tan amigas. Maruja, esposa de Lucho; María del Rosario, esposa de Alfonso; Rosalía, esposa de Fernando; Fátima, esposa de Jaime, Mirtha, esposa de Víctor; Úrsula, tu esposa, que compatibilizó tanto con Rosa, mi esposa.

En efecto, viajamos a distintos destinos: Montevideo, Uruguay, varias veces; Buenos Aires, Argentina, también varias veces; Quebec, Canadá; París, Francia; Santiago, Chile, varias veces; Cusco, Trujillo, Arequipa, Chiclayo y Piura lo que afianzó nuestra profunda amistad.

Recuerdo mi estimado Mario de los buenos tiempos que pasamos no solo en los que más queríamos profesionalmente: el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sino también, en todas las actividades vinculadas, de las cuales gozamos; sin embargo, tal vez, la más importante fue el cultivo de la amistad en general y de nuestro Grupo y esposas en particular.

Y, ahora te digo: La verdad, te extrañamos, te echamos de menos, no creemos que te hayas ido.

Cuando nos reunimos, el Grupo ya siente dos vacíos: el de Lucho y el tuyo

Bueno o malo, así es la vida, pero te enfatizo Mario, fue muy bueno compartir la vida contigo… como lo es con mis queridos compañeros del Grupo, y sus esposas, que por el momento quedamos aquí.

Me despido apreciado Mario con el abrazo eterno en tu infinito y, sobre todo, con el cariño de siempre.

Pedro, y, también Rosa.

PEDRO MORALES CORRALES[1]

(1) He sido muy amigo de Mario durante 30 años aquí, en la Tierra, y lo seré para siempre, en donde se encuentre.

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Hablar de Mario es hablar de su pasión por el teatro, su pasión por el Derecho del Trabajo, su pasión por los viajes, su pasión como participante y ponente en innumerables congresos internacionales representando la voz del Perú, su pasión por organizar diversos certámenes y congresos nacionales, su pasión por convocar a participar en ellos a los mejores ponentes, su pasión para exponer e imponer sus ideas en tertulias de amigos o en su condición de gran orador haciendo vibrar al auditorio, además de su pasión por la comida, el cine, la buena música y su familia.

Quienes tuvimos la suerte de conocerlo, sabemos muy bien que Mario vivió con mucha intensidad todo lo que hacía, con una entrega absoluta y desbordante energía interior. Con ese excesivo entusiasmo que se pone en algo cuando se hace o cuando se defiende. Con ese sentimiento muy intenso que domina la voluntad y puede llegar en algunos casos a perturbar la razón. Con esa fuerza interior que incentiva a cualquiera para alcanzar las metas más exigentes.

Con el conocimiento de su fuerza interior, hace ya muchos años en un día lluvioso de invierno me tocó ser panelista con él en un tema de Relaciones Colectivas de Trabajo en un congreso organizado por la Universidad de Lima, oportunidad en la que me dijo: yo hablo primero, lo que aproveché para mencionar que sus intervenciones e ideas llenas de entusiasmo y energía, hacían cálido el ambiente a pesar de la lluvia, lanzándole por allí alguna broma sobre su intervención sobre el fuero sindical, al replicarle que tanto la Ley de Relaciones Colectivas como la de Fomento al Empleo vigente, en aquel entonces, se referían al tema del fuero sindical de manera doble, resaltando su importancia como si ambas normas trataran de ajustar bien el derecho a usar pantalones, no solo con correa, sino con tirantes para evitar alguna contingencia mayor, lo que celebró a pesar de que no fue de su agrado mi acotación a su intervención, al olvidarse mencionar una de ellas.

No fui su alumno en la Universidad Católica, sin embargo, nuestro acercamiento se produjo a través de nuestro querido y recordado Luis Aparicio Valdez, al convertirme, sin querer, en un organizador de congresos tanto para la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo como para Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, apoyado por la confianza que ambos me dispensaron.

En el año 1997, organicé con Mario, bajo el auspicio de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal en la ciudad de Cusco, ocasión en la que presentó su libro *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. En dicha oportunidad me dijo que era el único abogado responsable que, subido en una escalera, ponía focos en el auditorio del evento en una delicada misión para iluminar el ambiente académico. Hicimos que el Congreso fuera uno de los mejores con la brillante participación de muchos expositores peruanos y extranjeros, terminando con un paseo a la ciudadela de Machu Picchu en autovagón llevando refrigerio para todos.

Mario nunca escatimaba en gastos para agradar a los participantes, ya que siempre me decía: "Germánico los mejores congresos son aquellos en los que no hay utilidad, ya que todo debe invertirse en el disfrute y gozo de los participantes". Por cierto, siempre que me preguntaba por los fondos existentes, con mucha prudencia le decía lo que había, aunque guardaba celosamente una columna aparte con una cifra para imprevistos que no se la daba a conocer, ya que conociéndolo, temía alguna idea de último momento para realizar una inversión desbordante de entusiasmo.

En setiembre de 1998, participamos con varios colegas en el XI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo (AIRT), en la ciudad de Bologna, Italia, compartiendo agradables e inolvidables momentos visitando además las ciudades de Módena y Venecia.

Como no recordar también otros agradables momentos compartidos con Néstor del Buen, Emilio Morgado, Rolando Murgas Torraza, Américo Plá, Amauri Mascaro Nascimento, Alberto Ackerman, Juan Raso entre mucho otros colegas convocados por Mario para participar en numerosos eventos.

Compartí también con Mario la Directiva de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo organizando el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Industriales de la OIT bajo la presidencia del Dr. Luis Aparicio realizado en el año 2006 con gran éxito en la ciudad de Lima. Posteriormente, en setiembre de 2008, asistimos al VI Congreso Regional de las Américas convocado por la Asociación Internacional de Relaciones Industriales (IIRA) y la Asociación de Relaciones de Trabajo de la República Argentina

oportunidad que en su condición de ministro de Trabajo del Perú participó con una brillante ponencia sumándose al homenaje al Dr. Luis Aparicio Valdez en la ciudad de Buenos Aires.

Quiso el destino que posteriormente, Jaime Zavala, actual Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Mario, me convocaran para organizar el Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo realizado en noviembre de 2013 en la Universidad de Piura, el que fue también un éxito rotundo, oportunidad en la cual Mario volvía sobre mí, con la misma pregunta: "Germánico cómo están los fondos" y yo respondía "como siempre: todo en orden", por lo que decidieron organizar una cena de despedida invitando a todos los ponentes nacionales y extranjeros y magistrados participantes.

Debo decir con cierta tristeza que extrañamos el gran entusiasmo, la pasión y entusiasmo desbordante de Mario en el Congreso Nacional de Arequipa organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo en el mes de octubre de 2014, oportunidad en la que le rendimos un afectuoso homenaje especial al maestro y amigo con la presencia de sus familiares, queriendo el destino que me tocara la suerte de recopilar las imágenes de su vital trayectoria para pasarlas durante la semblanza que Alfonso de los Heros hiciera de él, la que al terminar puso de pie a los 550 participantes, rindiéndole un cariñoso y prolongado aplauso de reconocimiento.

Fue desde un luego un momento inolvidable por tantas razones, pero especialmente simbólico cuando se reconoce a quien ha sido, más allá de su propio continente, un hombre sabio y por ello mismo generoso, llegando a tener discípulos acaso donde nunca imaginó tenerlos, ese sino virtuoso de los grandes maestros.

La pasión que a todo le ponía fue la razón de su vital existencia. A su partida, el mensaje que nos deja es: "Lo que hagas, hazlo con pasión para alcanzar tus metas".

Gracias Mario por tu amistad, gracias por tu valiosa e inconmensurable contribución al derecho del trabajo y a la seguridad social, gracias por enseñarnos que la pasión puesta en todo lo que hacemos mueve montañas. Tus consejos, tu incansable energía y desbordante entusiasmo estarán siempre con nosotros.

GERMÁN RAMÍREZ GASTÓN BALLÓN

CARTA AL AMIGO[1]

Querido Mario:

Te escribo estas sencillas palabras para rendirte públicamente un postrero homenaje a tu inmensa tarea en la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) de la cual fuiste cofundador con otro gran amigo que nos dejó años atrás, Luis Aparicio Valdez. También escribo para compartir con los lectores acerca de la fecundidad de tu obra, ampliamente conocida y difundida, que va desde la enseñanza universitaria hasta la función del hombre público. Dejas a la comunidad laboral un amplio y rico legado bibliográfico.

Rememoro el verso de Vallejo: "Quiero decir muchísimo y me atollo"; así pues, no hablaré de ti como profesor, articulista, conferencista, abogado, y hombre público, solo evocaré algunos pasajes puntuales de tu vida en el mundo del Derecho del Trabajo.

Pocos saben que te graduaste en 1965 como Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas con la tesis "La igualdad jurídica de los trabajadores: Desaparición de la distinción entre obreros y empleados". Trabajaste en la Oficina de Defensa Gratuita del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, fuiste vice ministro de Justicia, jefe del Instituto de Trabajo y, hace pocos años, ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. En la actividad académica, destacaste como profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, recibiste muchos reconocimientos como profesor honorario de universidades, fuiste merecedor de la Condecoración de la Orden de Trabajo en el Grado de Gran Oficial, Presidente de la Asociación de Relaciones Industriales (hoy Aperhu), Miembro de Número de

(1) Publicada en la revista *Análisis Laboral*. Vol. XXXVIII, Nº 441, Lima, Aele, marzo 2014, pp. 10-11.

la Academia Peruana de Derecho, Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, por supuesto, Presidente e impulsor infatigable de nuestra querida sociedad.

Entre tus libros individuales podemos mencionar: *La Negociación Colectiva, Enfoque metodológico; Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo; contratación atípica en Argentina, Colombia y Perú: Perspectiva jurídica* (por publicarse). También libros preparados por un conjunto homogéneo de autores como: *La nueva Constitución y su aplicación legal; La solución de los conflictos laborales, Estudios sobre la Concertación Social; La extinción de la Relación Laboral; Los Sindicatos en Iberoamérica; La Flexibilización en el Perú; Jornada de Trabajo y descansos remunerados; La Huelga en Iberoamérica; El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio; En torno de los principios del Derecho del Trabajo.*

También obras colectivas de trabajos, no unificados, generalmente en homenaje de algún jurista o con ocasión de algunos eventos: *Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Arbitraje; El Salario y su protección; El Nuevo Régimen de Protección Laboral de La Familia: Mujeres y Menores; La Flexibilización en América Latina; Contratos de Trabajo de Jornada Atípica; El Tema del Trabajo en el Derecho Constitucional Peruano; Características del Proceso Laboral; La Evolución y Tendencias de la Constitucionalización de los Derechos Laborales en América Latina.*

Asimismo, están tus innumerables artículos y ponencias que, por la diversidad de ellos, solo anotamos algunos, como: *Globalización y Relaciones Laborales, Ley de la Carrera Pública; El Despido; El Problema de la Informalidad; La Comunidad Andina de Naciones y sus mecanismos participativos; Dimensiones Laborales de la Globalización: Lo Laboral en los Procesos de Integración y los tratados de libre comercio; Los principios de la Seguridad Social y los otros Sistemas Pensionarios; La Celeridad Procesal; Descentralización Empresarial y Responsabilidad Laboral en el Perú; El Empleador ante las nuevas formas de Organización de las Empresas; La nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú: Pilares y Paradigmas; Los Derechos Laborales Inespecíficos; Desafíos actuales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Iberoamérica.*

Quiero que sepas que he recibido de tus amigos del exterior innumerables expresiones de condolencias, van aquí algunos testimonios:

- Adrián Goldín (Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social): “Uno de los más lúcidos exponentes de la Doctrina Científica Latinoamericana del Derecho de Trabajo”.

- Óscar Hernández (Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo): "De los laboralistas más destacados no solo del Perú sino de toda Latinoamérica, extraordinario compañero en mil y una aventuras forjadas alrededor del Derecho Laboral".
- Rafael Pereyra (Ex Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social): "Un gigante del Derecho del Trabajo en nuestro continente".
- Antonio Sempere (España): "Amigo, compañero, colega y admirador".
- Jorge Rosenbaum (Uruguay): "Excelso representante de su país y de la doctrina laboral en el mundo, autor de numerosos trabajos científicos, reconocido por su enjundia y profundidad".
- Jean-Michel Servais (Ex Director de la OIT): "Una persona de primer valor para la Organización Internacional del Trabajo".
- Gabriela Lanata (Chile): "La comunidad laboral pierde a un excelente profesional y amigo".
- César Carballo (Ecuador): "Queridísimo y admirado profesor".
- Grupo Argentino ex becarios de Bologna: "Académico valorado y respetado con enorme calidad humana".
- Óscar Blanco (Colombia): "Gran amigo, iuslaboralista connotado y excelente profesor".
- Rolando Murgas (Panamá): "Preclaro laboralista deja una imborrable huella académica, timbre de orgullo tanto para Perú como para toda Iberoamérica".
- Humberto Villasmil (Presidente Seccional OIT de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social): "El laboralismo iberoamericano pierde un baluarte señero y un forjador que abrió caminos que después muchos otros transitarán".
- Irma Bontes (Venezuela): "Hombre que entendía la necesidad de abrir nuevos caminos a otras generaciones sin egoísmo alguno".
- Juan Raso (Uruguay): "Grande por su saber intelectual, destacándose por su generosidad que solo competía con su sabiduría".

- Carmen Moreno (Directora de la OIT para los Países Andinos): "Gran aliado de los valores de la OIT, con quien la Oficina mantuvo fuertes lazos de colaboración y amistad".
- Nelson Mannrich (Academia Brasileira de Direitto do Trabalho): "Deja un legado en la historia del Derecho del Trabajo, habiendo influido a todos con sus escritos, su oratoria y su simpatía contagiante".
- Francisco Tapia (Chile): "Un grande del Derecho del Trabajo y buen amigo".

Me viene a la memoria junio de 1988, cuando fuimos becados a la Universidad de Bologna por el Gobierno de Italia con la colaboración de la OIT y de la Johns Hopkins University, para seguir el "Corso di Formazione Per Esperti Latino-Americani Sui Problemi del Lavoro e Delle Relazioni Industriali". Tuvimos excelentes profesores como Umberto Romagnoli, Gino Giugni y Tiziano Treu, bajo la dirección del profesor Marco Biagi. Como no recordar al "Nonno" Pedro Gugliemetti, el gran coordinador general del curso y de todas las ediciones posteriores. Coincidimos en ese curso con Óscar Ermida, Óscar Álvarez, Juan Raso, Susana Corradetti, Napoleón Goyzueta, Carlos Tomada y otros amigos de América Latina. Ahí nació el hasta hoy llamado "Grupo Bologna".

Tengo el recuerdo fresco de dos vivencias cercanas: nuestro viaje al IX Congreso Regional Americano de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, al cual fuiste acompañado con Úrsula, celebrado en octubre de 2013, en Guayaquil, donde fuiste Relator General en el tema: "El trabajador autónomo; su régimen legal y la extensión al mismo de normas e instituciones del derecho del trabajo". Como siempre, con la brillantez del maestro y la experiencia del conferencista, supiste sintetizar y explicar con meridiana claridad, sobre la posibilidad real de extender la legislación laboral a los trabajadores independientes, los caracteres peculiares de sus derechos colectivos, las dificultades para su inserción en los sistemas de seguridad social, y, finalmente, la problemática de la microempresa, los trabajadores independientes y la informalidad. Recientemente, a fines de noviembre de 2013, tuviste a tu cargo la presentación de la Reforma Procesal Laboral, que expusiste con sumo rigor académico y lucidez ejemplar, como Presidente de la Comisión Organizadora del II Congreso Internacional de Derecho Procesal de Trabajo, que organizó la SPDTSS. Te cupo la iniciativa para realizar este Congreso desde el mismo momento en que asumí la Presidencia de la Sociedad y, además, hacerlo en Piura, con las dificultades que el reto entrañaba. Gracias a tus contactos internacionales, se contó con la valiosa participación de ponentes de Chile,

Venezuela, Ecuador, Colombia y Uruguay, todos amigos tuyos. El extraordinario éxito reconocido a este evento por todos los asistentes así como participantes extranjeros se debió en gran parte a tu persona.

Te repito lo que dije en tus exequias: siempre pensé que ante la perplejidad que nos sume la desaparición de seres queridos y de los amigos, el mayor homenaje era el silencio meditativo y el mejor discurso una oración arrancada desde lo más profundo del corazón. Pero por más que la palabra sea un instrumento que jamás podrá expresar toda la riqueza que contiene el alma, hice uso de la palabra para expresar en lenguaje sencillo, junto al dolor que nos embarga, la esperanza que nos anima a continuar manteniendo permanentemente en nuestra SPDTSS el derrotero que tan luminosamente dejaras tú Mario, en ella.

Quiero decirte, para terminar, que a la par de la tristeza y del dolor, también asoma la alegría. Nos queda un gran consuelo a todos, familiares y amigos hoy atribulados: como nos enseñó Jacobo Benigno Bossuet, destacado clérigo, predicador e intelectual francés, en su conocida obra *Oraciones Fúnebres*, que si bien el desgarramiento espiritual en la familia y en los amigos cuando fallece el ser a quien amamos es inevitable, también es cierto que para el cristiano la verdadera vida, la "Vida Eterna", comienza con la muerte.

Mario, descansa en paz, en la Gloria del Señor. Ahí, con seguridad, nos reencontraremos.

Recibe un fraternal abrazo.

Tu amigo Giacomo como solías llamarme.

JAIME ZAVALA COSTA[2]

(2) Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministro de Trabajo y Promoción Social durante el Gobierno Constitucional de Transición (2000-2001).

ESTUDIOS

EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ: CRÍTICAS A SU IMPLEMENTACIÓN, DOS DÉCADAS DESPUÉS

CÉSAR ABANTO REVILLA[1]

"Cargando las tintas, podríamos decir que allí donde la seguridad social se basa en la solidaridad, el sistema privado se basa en el individuo".

***Mario Pasco Cosmópolis*[2]**

I. COMENTARIOS INICIALES INTRODUCTORIOS

La seguridad social es un componente trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de todos los países[3], a tal punto que las decisiones que tomen los gobernantes, con relación al sistema que adoptarán en determinado momento histórico, pueden originar un ahorro considerable de los recursos del Estado, o, por el contrario, reclamos sociales, derivados del descontento

(1) Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor del curso "Instituciones de la Seguridad Social" en la Sección de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del curso "Derecho Previsional" en la Sección de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres.

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?", p. 177.

(3) En igual sentido: GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social. Parte General*, p. 9.

por prestaciones insuficientes, que a su vez tendrán un impacto negativo en el Tesoro Público.

Dentro de un modelo tradicional de seguridad social, se brinda una atención prioritaria a las prestaciones de salud y pensiones, sin embargo, en las décadas pasadas es el tema pensionario el que mayores reformas ha experimentado en el Perú –y el mundo–, como consta de las últimas campañas presidenciales, en las cuales constituyó una de las principales propuestas de los candidatos que vencieron: la libre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP), en el 2006, y la creación de un régimen no contributivo (Pensión 65), en el 2011.

Es posible que el lector tenga presente la reciente reforma previsional del 2012, aprobada por la Ley Nº 29903, o tal vez la modificación a la Constitución en el 2004, consumada por la Ley Nº 28389, sin embargo, la verdadera revolución pensionaria se produjo el 8 de noviembre de 1991, al promulgarse el Decreto Legislativo Nº 724[4], norma que creó –copiando el modelo chileno de 1980– un régimen que permitía la participación de la empresa privada en la gestión previsional, funcionando de manera complementaria al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado en dicha época por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).

Este primer intento, se vio frustrado no solo por la oposición política, sino también porque sus reglas de funcionamiento se sometían a los parámetros establecidos por la Constitución de 1979, bajo la cual fuera dictada, resultando poco atractivo para los inversionistas. Por estas razones, ya con una nueva Constitución a punto de ser aprobada, el 6 de diciembre de 1992 fue publicado en el diario oficial *El Peruano*" el Decreto Ley Nº 25897, que reestructuró al SPP –sobre la base de criterios más convenientes para el Estado y la actividad privada–, pasando de lo complementario a lo obligatorio, en una competencia paralela –aparente– con el SNP, pero que, en su ejecución, ha demostrado no ser el mecanismo previsional más adecuado para todos los trabajadores, en especial, para aquellos de bajos ingresos.

La puesta en marcha del SPP –desde 1993– ha creado una dicotomía en el esquema previsional, pues desde esa fecha tenemos un modelo conformado por dos sistemas, el público, que a su vez está compuesto por cuatro regímenes: el de las Fuerzas Armadas y Policiales (Decreto Ley Nº 19846), el de los servidores públicos (Decreto Ley Nº 20530), el SNP (Decreto Ley Nº 19990), y el de los

(4) Para Neves, esta norma fue inesperada, porque se dictó al amparo de la Ley Nº 25327, que confirió al Poder Ejecutivo facultades delegadas para legislar solamente en temas de pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la inversión privada, mas no sobre previsión social. NEVES MUJICA, Javier. "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción diabólica", p. 8.

servidores diplomáticos (Decreto Legislativo Nº 894), y, en paralelo, el Sistema Privado (SPP).

Esto origina, que cuando un trabajador inicia su actividad laboral como dependiente[5], para un empleador público o privado, tenga que elegir por afiliarse entre el SNP o el SPP, a efectos de aportar para una futura pensión.

Si el trabajador opta por el régimen estatal (SNP), administrado desde mediados de 1995 por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), se someterá a las reglas del sistema de reparto (un fondo común en el cual serán depositadas mensualmente sus aportaciones, representadas por un porcentaje de su remuneración), y de cumplir con los requisitos establecidos por el Decreto Ley Nº 19990, podrá acceder a una pensión de invalidez o jubilación. De fallecer, determinados familiares (derechohabientes) podrían gozar de una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes), en la medida en que cumplan también los requisitos fijados por la norma citada.

Si, por el contrario, eligiera el régimen privado (SPP), sus aportaciones estarán a cargo de una Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP), empresa particular que es supervisada por el Estado a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)[6], quedando sujeto a las reglas del sistema de capitalización [en el cual se le asigna una cuenta individual (CIC) en que se depositarán sus cotizaciones mensuales y la rentabilidad que la AFP genere, producto de la inversión de su fondo, tanto en el Perú como en el extranjero, bajo los límites determinados por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)]. Al igual que en el SNP, de cumplir con los requisitos establecidos por ley –Decreto Supremo Nº 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del SPP–, podrá acceder a pensión de invalidez o jubilación, y, de fallecer, sus derechohabientes a una de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes).

Para tener una idea del impacto del SPP en el plano económico y social de nuestro país, basta señalar que –según datos estadísticos de la SBS[7]– al 30 de noviembre de 2014 figuran registrados en dicho régimen 5'714,936 afiliados, distribuidos entre las cuatro AFP en funciones (Hábitat[8], Integra, Prima y Profuturo),

(5) La afiliación a un sistema de pensiones de los trabajadores independientes es voluntaria.

(6) A partir del 25 de julio de 2000 la SBS ha reemplazado a la extinta Superintendencia de AFP en la supervisión del SPP, por mandato de la Ley Nº 27328.

(7) Véase: <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=38#>. Página consultada el 31 de diciembre de 2014.

(8) AFP chilena que inició formalmente sus funciones el 1 de junio de 2013, al resultar ganadora de la licitación de los nuevos afiliados al SPP, realizada por la SBS el 20 de diciembre de 2012.

las que –en conjunto– administran un fondo que supera los 113 mil millones de nuevos soles, sin embargo, hasta la fecha el SPP no ha logrado consolidarse como un sistema previsional que sea tomado en cuenta por la mayoría de la población como la mejor alternativa en el campo pensionario.

Cabe precisar que esta no es la primera vez que la empresa privada asume la gestión de una prestación previsional, pues ya en 1911 la Ley Nº 1378 preveía el pago de una renta vitalicia para los trabajadores que padecieran un accidente o enfermedad laboral; luego, en 1924, la Ley Nº 4916 reguló el pago de un subsidio al trabajador inhabilitado para laborar; en 1946, la Ley Nº 10624 reconoció el derecho a una pensión jubilatoria, pagada por la propia empresa, a favor de los empleados de las entidades bancarias, comerciales, agrícolas o mineras, que cumplieran 40 años de servicios continuos para el mismo empleador; finalmente, en 1968, el Decreto Ley Nº 17262 creó el Fondo Especial de Jubilación de los Empleados Particulares (Fejep), que creó un régimen mixto cuyas prestaciones fueron pagadas entre los empleadores y el Estado.

Paralelamente a la aplicación de dichas normas se dictaron antiguos dispositivos que regularon el pago de prestaciones adicionales para los trabajadores de determinados sectores, como los de las empresas eléctricas y de tranvías (Ley Nº 10772, Caja de Beneficios Sociales de Electrolima) y, los pescadores (Decreto Supremo Nº 01 del 22 de enero de 1965, Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador), que constituían beneficios complementarios que debían sumarse a los previstos en las normas generales de seguridad social. Como consecuencia de un manejo irregular de ambas Cajas de Previsión, el Estado se ha hecho cargo –directa o indirectamente– de su administración.

Como se aprecia, en la mayoría de casos en que –en el pasado– la empresa privada ha asumido la administración de regímenes pensionarios, existieron cuestionamientos con relación al respeto del acceso a la pensión, sobre todo en supuestos como el de la Ley Nº 10624, en que el goce de la jubilación dependía de cumplir cierta cantidad de años de servicios para un mismo empleador, ya que en muchas oportunidades el trabajador era despedido antes de alcanzar el mínimo (40 años), para evitarle a la empresa el pago de la prestación respectiva. Para algunos autores[9], este comportamiento ha originado la desconfianza de la población en cuanto al manejo privado de los fondos de pensiones, lo que justifica tanto el escaso interés por las AFP como la subsistencia en el tiempo del SNP.

(9) GORDILLO TORDOYA, Eduardo. "Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos", p. 98.

El SPP tampoco escapa a las críticas, en especial por la forma en que fueron afiliados masivamente los asegurados del SNP, quienes no habrían recibido una información objetiva suficiente respecto a las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual originó que desde hace más de una década miles de afiliados soliciten su desafiliación de las AFP, pedido que recién se materializó –en parte– en el 2007, con la publicación de la Ley Nº 28991, que prevé una desafiliación bajo causales, que se complementa con los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pese a las dudas que subsisten respecto a la eficiencia e idoneidad de la empresa privada como administradora de derechos pensionarios, lo cierto es que el SPP ha cumplido en el 2013 dos décadas, desde el inicio formal de sus funciones en 1993, y el objetivo de este ensayo, con ocasión de la repentina y lamentable partida de Mario Pasco Cosmópolis, quien en más de una oportunidad expresó una postura crítica, clara y directa contra el SPP, es echar una mirada a las observaciones formuladas –tanto en el pasado como en el presente– a la implementación de este modelo pensionario.

Estamos convencidos, igual que otros autores[10], que son dos los principales objetivos de un sistema previsional: en primer lugar, obtener el máximo grado de cobertura posible, es decir, que la mayor cantidad de población trabajadora –o no– posea un plan de pensiones para la jubilación, invalidez o muerte, obtenida luego de sumar una cantidad razonable de años de aportaciones o fondos en su CIC; en segundo lugar, que dichas prestaciones sean suficientes para cubrir un nivel mínimo de consumo en la vejez, etapa en la que normalmente se deja de trabajar y se incurre en mayores gastos de salud, por lo tanto, se requiere sustituir adecuadamente los ingresos percibidos hacia el final de la vida laboral activa para atender las necesidades básicas esenciales de toda persona.

Más allá de nuestra opinión en torno a que el SPP pertenezca –o no– al ámbito de la seguridad social, lo concreto es que estamos frente a un mecanismo de aseguramiento de fondos pensionarios creado por el Estado, por lo tanto, no es un tema que solo compete al Sector Privado, sino que forma parte también de la economía pública, pues, finalmente, tiene por objetivo garantizar el acceso a un derecho fundamental. Como precisa Durán[11], en palabras que compartimos, el carácter público del sistema de pensiones de seguridad social le será inherente al SPP, independientemente de cómo se financie o quién lo gestione.

(10) BERNAL, Noelia (et ál). *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas*, p. 61.

(11) DURÁN VALVERDE, Fabio. "Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social", pp. 37 y 45.

El sistema previsional enfrenta actualmente problemas complejos, por las limitaciones y circunstancias –algunas imprevisibles– que se van manifestando a lo largo de los años, sin embargo, es necesario implementar medidas correctivas que permitan lograr una protección adecuada para la mayor cantidad de personas, en especial, para los grupos de bajos ingresos, históricamente excluidos de los beneficios pensionarios. Dejar de lado las mejoras que se requiere puede resultar más oneroso, en el tiempo, tanto para el Estado como para la sociedad, pues originará la transferencia de una mayor parte del costo social a las futuras generaciones.

II. EL ORIGEN DEL SPP: COPIANDO UN MODELO DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE PENSIONES

Como reconocen algunos autores[12], intentar proporcionar ingresos estables en la vejez es un reto en un mundo cambiante.

Los sistemas de pensiones están expuestos a muchos riesgos, por ello, ningún mecanismo previsional puede alcanzar plenamente el objetivo de constituir una fuente fiable de recursos. Los principales riesgos que repercuten en el tema pensionario, son los siguientes:

a) Riesgos demográficos, derivados de los cambios en las tasas de natalidad y de mortalidad.

b) Riesgos económicos, debido a las variaciones de las tasas de crecimiento de los salarios, de los precios o la rentabilidad de los mercados financieros.

c) Riesgos políticos, provocados por la ruptura de la continuidad en los procesos de decisión gubernamental, que impiden desarrollar planes a largo plazo.

d) Riesgos institucionales, por las posibles fallas en los organismos que administran o supervisan el manejo de las prestaciones.

e) Riesgos individuales, derivados de la incertidumbre acerca del desarrollo de la futura vida laboral de los individuos.

(12) GILLION, Colin (et ál). *Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma*, pp. 51-52.

La presencia de una o más de estas variables –según la realidad de cada país– tienen que ser debida y cuidadosamente analizadas, de acuerdo a sus características propias inherentes, antes de decidir el sistema de pensiones más adecuado.

El 22 de enero de 1850, se promulgó la Ley General de Jubilación y Cesantía de los empleados públicos del Perú(13), que constituyó una de las primeras normas en materia de pensiones en América Latina, lamentablemente, pareciera que la creatividad de nuestros legisladores ha ido desapareciendo con el paso del tiempo.

En efecto, en los últimos veinte o treinta años –cuando menos– hemos sido testigos de la adquisición de una costumbre por copiar normas extranjeras –casi sin modificarlas– para aplicarlas a nuestra realidad, lo que genera una distorsión en sus efectos, pues cada país tiene particularidades específicas que deben tomarse en cuenta antes de aprobar una reforma. El tema pensionario no ha estado libre de esta práctica indebida.

Una reforma pensionaria puede realizarse en cualquier parte del mundo, pero el modelo elegido debe adaptarse a las características de cada país. Es un desafío que debe ser enfrentado de acuerdo a la realidad local. No existe modelo universal perfecto, por ello deben de estudiarse todas las opciones y su desarrollo en el tiempo, antes de diseñar un esquema propio, que se adecue a nuestras necesidades.

En tal sentido, no podemos limitarnos a implementar un modelo aplicado en otro país –aunque tenga éxito aparente– y pretender que vaya a funcionar en el nuestro, pues el escenario pluricultural del Perú es distinto. Debe evaluarse previamente su viabilidad, confrontando sus instituciones con nuestra realidad, confrontando los factores internos y externos, y, después de ello, recién optar por el modelo que nos resulte más idóneo.

Dejando de lado estos pasos previos, a inicios de los noventa se implementó en el Perú el modelo de capitalización individual con administración privada de las pensiones que fuera creado en Chile en 1980, mecanismo de aseguramiento previsional –carente de solidaridad– que libraba al Estado de la gestión directa de la seguridad social, medida que resultaba acorde con la tendencia económica del gobierno de turno.

(13) Esta norma tuvo como antecedente a la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela.

En efecto, el 8 de noviembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo Nº 724[14], que creaba el SPP, bajo los parámetros establecidos en el artículo 14º[15] de la Constitución de 1979, es decir, como régimen alterno –pero voluntario– al SNP.

En sus considerandos iniciales, se reconocía que el Estado no estaba en condiciones de cumplir, por sí solo, el mandato constitucional, que consagraba el derecho de todos a la seguridad social, y, al existir un alto grado de insatisfacción e inseguridad en materia pensionaria, era necesario comprometer a los diversos sectores de la sociedad en la prestación de tales servicios.

Como hemos señalado, este primer intento se vio frustrado, razón por la cual tuvo que ser reestructurado, bajo las reglas fijadas por el Decreto Ley Nº 25897.

En esa misma época se dictó el Decreto Ley Nº 25967, que modificó diversas reglas establecidas para la percepción de pensiones en el régimen estatal. Como se aprecia, si bien el SNP no pudo ser suprimido, subsistiendo como un sistema alterno paralelo, en aparente competencia con el SPP, en la práctica, se le impusieron disposiciones de carácter peyorativo que empujaron a los trabajadores al nuevo régimen.

El SPP inició sus operaciones en junio de 1993 con ocho AFP: El Roble, Horizonte, Integra, Megafondo, Nueva Vida, Profuturo, Providencia y Unión.

En el momento de la implementación del SPP se llevó a cabo una intensa campaña de promoción publicitaria que resaltaba las ventajas del nuevo sistema, pero no se refería a los inconvenientes que algunas personas podrían encontrar, como consecuencia de no tener el perfil adecuado para beneficiarse de una pensión superior a la que les ofrecía el SNP o –de no reunir los requisitos fijados por ley– tener el derecho a percibir el bono de reconocimiento (BdR). La información

(14) Con base en el proyecto elaborado inicialmente por el congresista Mario Roggero Villena.

(15) "Artículo 14.- Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares.

Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad.

La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número.

La preside el elegido entre los representantes del Estado.

La asistencia y las prestaciones médico asistenciales son directas y libres.

La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución, siempre que ofrezca prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados. La ley regula su funcionamiento.

El Estado regula la actividad de otras entidades que tengan a su cargo la seguridad social de los sectores de la población no comprendido en este artículo".

asimétrica (insuficiente) fue un factor que influyó en la decisión de los trabajadores (consumidores) que adquirieron el nuevo "producto previsional". Tuvieron que pasar algunos años para que muchos afiliados se dieran cuenta de que no era del todo ciertas aquellas maravillas que les ofrecieron(16).

Cabe recordar, como precisa García(17), que la reforma laboral aplicada a inicios de los noventa, como parte de la reestructuración de la economía, estuvo caracterizada por incorporar múltiples contratos flexibles y reducir el costo del despido, lo que llevó a una creciente contratación de trabajadores por breves periodos y con menores costos laborales, originando el incremento de la precariedad e inestabilidad laboral, así como la concentración de la actividad en la micro y pequeña empresa, que –hasta la fecha– tiene tendencia a la informalidad. La precarización del empleo incidió negativamente en el incremento de afiliación al sistema pensionario.

El Ministerio de Economía y Finanzas(18), si bien reconoce que uno de los problemas del modelo previsional es que el SNP opera paralelamente junto el SPP, mientras en otros países –como Chile– el régimen público fue cerrado, precisa que aún si sumamos a los afiliados de ambos sistemas la cobertura subjetiva apenas llegaría al 30 % de la PEA. En tal sentido, opina que si bien uno de los objetivos colaterales contemplados en el diseño de la reforma de 1992 era contribuir a aumentar la cobertura previsional, este ha sido –y continúa siendo– un tema que no depende solo de una reestructuración en un área específica, sino de una serie de factores, entre los cuales puede citarse la formalización de la economía y las relaciones laborales.

III. CRÍTICAS A LA IMPLEMENTACIÓN DEL SPP

1. Antecedentes: El estado previo a la reforma previsional

Si bien nuestro país atravesaba una crisis estructural que necesitaba de un cambio de rumbo inmediato, pues no solo enfrentábamos un conflicto armado (terrorismo), sino también una economía resquebrajada –1990 registró una

(16) DELGADO, Jaime y FUERTES, Aldo. *Los fondos de pensiones: ¿Qué futuro nos espera?*, p. 43.

(17) En: CHACALTANA, Juan (et ál). *Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú*, p. 5.

(18) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Plan de acción de los Sistemas de Pensiones en Perú 2004-2008*, pp. 19-20.

hiperinflación del 7600 %–, la solución del tema pensionario no pasaba necesariamente porque el Estado trasladase su responsabilidad social a las empresas privadas, pues el modelo de capitalización se sustenta en un flujo regular de aportación a la CIC, y, precisamente, uno de los efectos del nuevo modelo económico peruano fue el despido masivo de trabajadores –tanto en el Sector Público como el privado–, que, sumado a una flexibilización de la legislación laboral, derivó en una minimización del mercado formal de trabajo.

Puede decirse que el SNP[19] estaba desfinanciado por los siguientes factores:

- Una deficiente administración del IPSS, tanto en el aspecto financiero[20], como en lo administrativo (burocrático)[21];

- La utilización indebida de los fondos de pensiones por parte de los gobiernos de turno, que los destinaron a obras sociales y de infraestructura;

- El modelo original de prima escalonada devino con el tiempo en uno de reparto simple, al no ser incrementada la tasa de aportación[22];

- La tasa de mortalidad y la esperanza de vida –al llegar a los 60 años– se elevó, mientras el número de trabajadores formales disminuyó.

- La hiperinflación originó tres cambios de moneda (del sol oro al inti, luego al inti millón y, de ahí al nuevo sol), perdiendo por etapas gran parte de su valor.

La informalidad laboral, el desempleo y el subempleo, originaron la caída de los aportes previsionales, pues cada día había menos trabajadores asegurados que pudieran sostener a los pensionistas.

(19) El Decreto Ley Nº 19990 coexistía con regímenes especiales paralelos como el de los servidores públicos (Decreto Ley Nº 20530) y el de las Fuerzas Armadas y Policiales (Decreto Ley Nº 19846), así como con regímenes complementarios como la Caja de Pensiones de Electrolima y la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.

(20) Para el periodo 1981-1988, el Perú registró la rentabilidad más baja del mundo (-37.4 %), como se aprecia en: BANCO MUNDIAL. "Envejecimiento sin crisis", p. 110 (Gráfico 3.7).

(21) El IPSS pasó de tener 25 mil trabajadores, en 1985, a 40 mil, en 1990. Es decir, prácticamente se duplicó el personal a su cargo en un lapso de apenas cinco años.

(22) El modelo de prima escalonada se caracteriza por el reajuste periódico de la tasa de aportes: si esta deja de elevarse, llega un momento en que se produce una situación en que los ingresos se equiparan a los egresos, rompiéndose el esquema de capitalización, al desaparecer los excedentes previstos, como señala GORDILLO TORDOYA, Eduardo. Ob. cit., p. 100.

La alta evasión de las contribuciones por parte de los empleadores, dentro de los cuales el Estado figuraba como uno de los principales deudores[23].

En los primeros años de vida de un modelo tradicional de reparto, la alta relación entre aportantes (trabajadores activos) y pensionistas (pasivos) genera continuos superávit, que deberían ser invertidos a efectos de generar rentabilidad para el momento en que esta situación se revierta, debido al envejecimiento de la población, sin embargo, los antiguos administradores del SNP no entendieron que ellos tenían a su cargo fondos de pensiones y no podían despilfarrar los excedentes.

Los sistemas de reparto, como explica Montoro[24], tienen un ciclo de vida típico, que se puede dividir en tres etapas: juventud, expansión y madurez. La diferencia entre cada etapa radica en el número de contribuyentes por pensionistas, pues al tratarse de un sistema de transferencias entre generaciones –de los jóvenes a los ancianos– la estructura de edades es un factor importante. Para que este modelo funcione se necesita cumplir dos requisitos: que sea masivo y que se mantenga la proporción entre activos y pasivos. Si esta relación se rompe, el sistema fracasa.

La etapa de madurez se presenta cuando el sistema tiene unos 40 años de antigüedad, sin embargo, el SNP ingresó en este ciclo hacia 1990, con apenas 17 años[25].

En 1992 se creó el SPP como una solución, pero como consecuencia del traslado masivo de trabajadores del régimen estatal al privado, el coeficiente entre activos y pasivos pasó a ser de 4 a 1, originando un déficit crónico que actualmente es cubierto por el Estado, mediante la transferencia mensual de recursos del Tesoro Público[26].

Dicho autor considera que se dice mucho acerca del impacto (positivo) de la reforma en cuanto al ahorro interno, el desarrollo del mercado de capitales y

(23) El 15 de enero de 1999 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto de Urgencia Nº 067-98, norma que aprobó la valorización del saldo de la reserva del SNP, precisando en su sexto considerando que por el periodo de Enero 1988 hasta Diciembre 1996, los organismos del Sector Público tenían una deuda pendiente por aportaciones de S/. 551'337,115.87.

(24) MONTORO, Carlos. "Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones", pp. 59-61.

(25) Citando a Verdera, Olivera precisa que tal disminución obedeció principalmente a la reducción del mercado de trabajo formal por el mayor desempleo entre los asegurados, y no solamente al proceso demográfico de envejecimiento de la población, que fue incipiente en el Perú entre 1980 y 1990, en que los adultos mayores de 65 años eran apenas el 3.6 % y 3.9 %, respectivamente, de la población total. OLIVERA ANGULO, Javier. *Recuperando la solidaridad en el sistema de pensiones peruano: Una propuesta de reforma*, p. 23.

(26) Con datos al año 2007, Olivera considera que la tasa de dependencia necesaria para mantener el SNP en equilibrio debe ser de 4.43 contribuyentes por cada pensionista, sin embargo, la relación existente en la actualidad es de 1.32. OLIVERA ANGULO, Javier. Ob. cit., p. 13.

los beneficios para los trabajadores, sin embargo, las reformas no son gratuitas, pues siempre existe un grupo perjudicado. El gobierno enfrenta la deuda que el SPP va generando, difiriendo el pago a un periodo futuro, en el cual otra generación tendrá que asumirlo con el pago de sus impuestos.

En la medida que la generación que estuvo aportando al iniciarse la reforma estaría por jubilarse, en un periodo que se ubica entre el 2016 y 2035 (según la estructura de edades), el gobierno tendrá que empezar a pagar la deuda que tiene con ellos, que se materializa en los BdR. En su opinión, la reforma será pagada por la generación que nació en el momento de su creación y puesta en funcionamiento (1992-1993).

2. Las opiniones a favor de la implementación del SPP

Las razones de política económica para implementar el SPP las resume Boloña[27], que era el ministro de Economía y Finanzas en esa época, además, uno de los principales impulsores del nuevo modelo y, posteriormente, copropietario de una de las primeras AFP. Desde su óptica, la distribución de la renta no debe obedecer a criterios morales, sino económicos: a cada factor según su productividad.

El considera que los individuos deben tomar sus decisiones comparando los beneficios y costos que los afecten a ellos, no a la sociedad. Si uno cree en la libertad individual, debe permitir que las personas cometan sus propios errores: si alguien quiere vivir ahora y sacrificar sus ingresos para la vejez, ¿qué derecho tiene el Estado de obligarlo a hacer lo contrario?

En su opinión, prometer seguridad "desde el nacimiento hasta la muerte" es una utopía socialista y estatista. El gran pecado de los sistemas estatales de pensiones es ofrecer más beneficios de los que los aportes pueden pagar. Para él, el modelo de reparto está reñido con la política fiscal, pues si bien al principio financia el déficit –sus operaciones son superavitarias–, luego será deficitario, teniendo que ser pagado por el gobierno.

No encuentra ninguna justificación para que los jóvenes subsidien a los mayores: si se quiere subsidiar a los más pobres, que se haga con subsidios directos –impuesto a la renta negativo–, pero no a través de un sistema de seguridad social.

Morón y Carranza[28], consideran que un SPP manejado de forma competitiva generará beneficios que largamente superarán su costo, mejorando las

(27) BOLOÑA BEHR, Carlos. *¿Dueño de tu jubilación?*, pp. 49-52.

(28) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): Avances, retos y reformas*, pp. 13-14.

posibilidades para que un afiliado perciba una jubilación intacta, a la vez se permite la reactivación económica con una mayor inversión interna y la creación de un mercado de capitales.

Estos autores sostienen que el SNP debería extinguirse gradualmente, completando la transición, pero se le mantiene como opción para los nuevos trabajadores, operando a costa de drenar los fondos del presupuesto general. Mientras subsista, se va a permitir la existencia de distorsiones en el sistema previsional.

Según Camargo(29), el SPP resulta una alternativa bastante adecuada para los afiliados que puedan aportar durante 40 años; el problema surge con aquellos que por razones de edad, informalidad del empleador o temas laborales adversos, aportarán un menor número de años, en especial, quienes se incorporan al sistema a los 45 años de edad.

Para Chacaltana(30), el SPP –por su propia lógica de seguro privado– se va a concentrar en los trabajadores más rentables –jóvenes de mediana edad, con educación superior, con buenos ingresos y contratos permanentes–, originando una afiliación restringida que a la larga originará un grupo menos atractivo –trabajadores con bajos ingresos– que deberán ser asumidos por el Estado, condicionando la necesidad de subsistencia del SNP.

Cabe recordar, que durante el debate del Anteproyecto de la Constitución de 1993, en el Congreso Constituyente Democrático (CCD)(31), con relación al artículo 10 de la Carta Magna algunos congresistas propusieron –acorde a las reglas fijadas en la Constitución de 1979– que las AFP brinden un servicio complementario y adicional, por un tiempo determinado, a las labores regulares del IPSS, que debería ser reestructurado. Lo que habían recibido como mandato del pueblo era mejorar dicha norma, no recortarla, y lo que el Estado pretendía era trasladar su obligación de velar por la seguridad social, sin garantizar siquiera una pensión mínima. Estas observaciones, sin embargo, se dejaron de lado al momento de aceptar la participación privada en el tema pensionario.

(29) CAMARGO CÁRDENAS, Gonzalo. "Una evaluación de la capacidad de los fondos privados de pensiones para brindar pensiones adecuadas: Una aplicación al caso peruano", pp. 244-245.

(30) CHACALTANA, Juan (et ál). Ob. cit., pp. 74-75.

(31) CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁCTICO. *Debate Constitucional*, pp. 429, 430, 434 y 441.

3. Las opiniones en contra de la implementación del SPP

Gordillo[32] –que fuera miembro de la comisión que en los setenta redactó el Decreto Ley Nº 19990–, nos recuerda que en casi todos los países del mundo, incluidos aquellos que la tradición considera capitalistas, se aplica el sistema de reparto, sin que a nadie se le haya ocurrido cuestionarlos, aduciendo que son socialistas. Es más, añade que el SPP no constituye una novedad, pues se trata del retorno a esquemas de ahorro privado descartados hace muchos años, que solo subsisten en algunos países de Asia y África, como las Cajas de Previsión de Nigeria, Uganda, Zambia, Tanzania, Malasia o Singapur, con la diferencia que en estos países tienen un rol complementario, sujeto a la voluntad del afiliado[33]. La única novedad es que Chile lo aplicó obligatoriamente.

A su entender, la previsión que procura el SPP se limita al intento de sustituir la pérdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de la riqueza para los más pobres.

En sentido similar, Mujica[34] sostiene que la motivación principal de la reforma no tuvo nada que ver con corregir el déficit del IPSS, la ampliación de la cobertura o mejorar las condiciones de pensionamiento, sino con poner a disposición de la empresa privada –en el corto plazo y al menor costo– la máxima cantidad de recursos. Lo último que les interesaba, según opina, eran los beneficios de los trabajadores.

Dicho autor considera que el SPP no solo fue creado de manera improvisada y sin el debido cuidado, sino que sufrió importantes distorsiones debido a la intervención de los principales grupos empresariales y políticos. En sus palabras, el Estado renunció a su obligación de proteger a los más pobres.

Para Romero[35], el SPP propugna la tesis de que quien tuvo más suerte en la vida no tiene por qué ayudar (y financiar) a los desfavorecidos. El considera, que la reforma ha destruido la "solidaridad", y cada quien deberá resolver sus problemas de insuficiencia: en nombre de la seguridad social se ha proclamado la

(32) GORDILLO TORDOYA, Eduardo. Ob. cit., pp. 91-95.

(33) Para algunos autores, el SPP es una copia de los programas de pensiones complementarios que existen desde inicios del siglo XX en las empresas de Estados Unidos, Alemania y otros países, quienes invierten los fondos de los trabajadores en las bolsas de valores. Estos mecanismos son voluntarios. Lo realmente novedoso del sistema chileno fue su imposición autoritaria. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la seguridad social*, p. 461.

(34) MUJICA PETIT, Javier. "Sistema Privado de Pensiones: Una nave que necesita otro rumbo", pp. 245-261-263.

(35) ROMERO MONTES, Francisco. "La financiación de la seguridad social", pp. 412-413.

antítesis de la misma, pero lo más lamentable del nuevo sistema, según sostiene, es que las AFP se jactan de la cantidad de dinero que captan de los aportes de los trabajadores y de su rentabilidad, pero no pueden decir lo mismo de las pensiones que otorgan.

Desde su perspectiva, cuando se trata de distribuir los recursos económicos públicos, los gobiernos siempre han mostrado una tendencia a posponer los gastos destinados a rubros que tengan que ver con aspectos sociales, priorizando los resultados políticos.

Para Olivera(36) –en una crítica económica– la reforma ha originado una cuantiosa deuda para el Estado, pues a los US$ 4,700 millones que por concepto de BdR y bonos complementarios se tienen que pagar, deberán agregarse US$ 2,137 millones, de la implementación de la Ley Nº 28991 –por la libre desafiliación–, cifras que si bien no pueden ser sumadas entre sí, pues una está en valores corrientes y la otra en valores actuariales, nos brindan una idea del tamaño de la deuda previsional.

En la práctica, no se habría atenuado el costo fiscal, pues el Estado ha asumido una parte considerable de los compromisos: la deuda permanece, pero, en el camino, las AFP han ganado una comisión.

Añade dicho autor, que el sistema de capitalización individual es más atractivo para los individuos con altos ingresos, pero no para los de bajos ingresos, pues la creación del SPP dejó de lado el principio de solidaridad, elemento fundamental para financiar los beneficios y la redistribución de los ingresos.

Antes de la reforma, el sistema de reparto permitía que el financiamiento de pensiones se distribuya de los más ricos hacia los más pobres, de los jóvenes hacia los ancianos, de los sanos a los inválidos, etc., sin embargo, el nuevo modelo anuló cualquier mecanismo de solidaridad, pues una de sus características es el poco interés que existe en las consecuencias del sistema sobre la equidad.

En esta misma línea, para Vega-Centeno y Remenyi(37) los dos problemas centrales del sistema pensionario son la (escasa) cobertura subjetiva, debido a las características del mercado laboral y a la considerable proporción de trabajadores de bajos ingresos, de independientes e informales, así como a la insuficiencia

(36) OLIVERA ANGULO, Javier. Ob. cit., pp. 14-15, 18-19.

(37) VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María. "El sistema previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones", p. 293.

(inviabilidad) financiera, pues las prestaciones por pagar superan largamente a las contribuciones corrientes.

El traslado al SPP de los trabajadores que tenían años aportando al SNP no les resultará tan beneficioso como a aquellos que se afiliaron más jóvenes al nuevo sistema, por lo tanto, existe una generación de transición que está asumiendo los costos del cambio. Tendrá mayores prestaciones en el SPP quien tenga ingresos superiores al promedio de las pensiones que paga el sistema estatal (SNP).

La opinión de la Defensoría del Pueblo, que consta en el Informe Defensorial Nº 99[38], se inclina por considerar que la aparición del SPP originó que parte de los afiliados del SNP –que como en todo sistema de reparto, sustentaban el pago de las pensiones– se trasladasen a una AFP, mientras el número de jubilados no se redujo, profundizando la situación de desequilibrio. Al crearse el SPP no se pensó en una adecuada articulación entre este sistema y el antiguo, generando efectos negativos.

Dicho informe postula, inclusive, que si el SNP actuara de manera exclusiva con una tasa de aporte del 13 % y, asumiendo que todos los afiliados del SPP retornaran al SNP y abonaran regularmente sus aportes, el sistema estatal registraría un superávit de S/. 431 millones. Esta apreciación parte ciertamente de la premisa que no exista evasión en el pago de las cotizaciones, sin embargo, en la actualidad –y desde hace muchos años– este factor bordea el 50 %.

Nosotros consideramos que el SPP puede ser un mecanismo útil de aseguramiento para el trabajador formal que inicia su cotización antes de los 40 años, tiene una proyección laboral futura de 15 a 20 años, y un ingreso promedio superior a S/. 3,000 mensuales, en caso contrario, la posibilidad de acumular una suma suficiente en su CIC será remota.

Sin perjuicio de lo expuesto, nos preocupa la vinculación directa entre los fondos de pensiones y su inversión en los mercados financiero y bursátil, cuyo carácter volátil ha sido puesto a prueba –en perjuicio de los afiliados– más de una vez: estamos frente a recursos dinerarios que representan la garantía de una previsión ante la vejez, la invalidez o la muerte, por tanto, no deberían estar condicionados a crisis económicas que originan pérdidas que solo se justifican en relaciones de naturaleza comercial o bancaria, pero no en el campo de los derechos pensionarios.

(38) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado", tercer y quinto considerandos.

IV. CONCLUSIONES

Nuestra apreciación, es que existe una contradicción manifiesta del SPP y el principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada con el otorgamiento de beneficios como la pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, que son prestaciones que el Estado tendrá que pagar –parcial o totalmente– con cargo al Tesoro Público, y no mediante mecanismos internos del SPP, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP. No existe solidaridad indirecta o implícita en un régimen carente de redistribución.

Ello, sin embargo, no implica sustraer al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues –en un sentido amplio– es un modelo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser implementado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y a reglas que difieren de las formas tradicionales heredadas de Beveridge, que bien podríamos ubicar dentro de un ámbito que denominaremos cuasi (o semi) previsional.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento.* Oxford University Press, Washington, 1994.

BERNAL, Noelia; MUÑOZ, Ángel; PEREA, Hugo; TEJADA, Johanna y TUESTA, David. *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas*. BBVA, Lima, 2008.

BOLOÑA BEHR, Carlos. *¿Dueño de tu jubilación?* Instituto de Economía de Libre Mercado, Lima, 1995.

CAMARGO CÁRDENAS, Gonzalo. "Una evaluación de la capacidad de los fondos privados de pensiones parar brindar pensiones adecuadas: Una aplicación al caso peruano". En: *Tesis para optar el Grado de Doctor en Economía*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2011.

CHACALTANA, Juan; GARCÍA, Norberto y GALLARDO, José. *Los obstáculos a la expansión del Sistemas de Pensiones en el Perú*. CIES, Lima, 2002, .

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Debate Constitucional*. Primera Legislatura, Tomo I, Lima, 1993.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Informe Defensorial Nº 99. El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado". Resolución Defensorial Nº 031–2005/DP, diario oficial *El Peruano*, 16 de noviembre de 2005.

DELGADO, Jaime y FUERTES, Aldo. *Los fondos de pensiones: ¿Qué futuro nos espera?* Solvima Graf, Lima, 2010.

DURÁN VALVERDE, Fabio. "Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social". En: VV.AA. *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*. Congreso de la República, Lima, 2009.

GILLION, Collin; TURNER, John; BAILEY, Clive y LATULIPPE, Denis. *Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma*. OIT, Madrid, 2002.

GORDILLO TORDOYA, Eduardo. "Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos". En: VV.AA. *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y respuestas*. CEDAL, Lima, 1994.

GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social. Parte general*. 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Plan de acción de los Sistemas de Pensiones en Perú 2004-2008*. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Lima, 2004.

MONTORO, Carlos. "Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas". En: *Estudios Económicos*. Revista del Banco Central de Reserva del Perú, Lima, julio de 1999.

MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, retos y reformas*. Centro de Investigación (Universidad del Pacífico), Lima, 2003.

MUJICA PETIT, Javier. "Sistema Privado de Pensiones: Una nave que necesita otro rumbo". En: VV.AA. *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y respuestas*. CEDAL, Lima, 1994.

NEVES MUJICA, Javier. "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción diabólica". En: *Themis*. Nº 25, Revista de Estudiantes de Derecho de la PUCP, Lima, 1993.

OLIVERA ANGULO, Javier. *Recuperando la solidaridad en el sistema de pensiones peruano: Una propuesta de reforma*. CIES, Lima, 2010.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?". En: VV.AA. *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. OISS, Madrid, 1998.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la seguridad social*. 4ª ed., Editorial Grijley, Lima, 2008.

ROMERO MONTES, Francisco. "La financiación de la seguridad social". En: *Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Editorial San Marcos, Lima, 2007.

VEGA-CENTENO, Máximo y REMENY, María. "El sistema previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones". En: *Economía*. Nº 37-38, Revista del Departamento de Economía (PUCP), Lima, julio-diciembre de 1996.

DIFERENCIACIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS OTRAS MEDIDAS LEGALES DE TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL

DIANA ACOSTA JARAMILLO[1]

I. INTRODUCCIÓN

Nada más entrañable que escribir unas cuantas líneas en homenaje a mi queridísimo amigo Mario Pasco, con quien eternas horas debatimos sobre la discriminación en el trabajo a la mujer.

Justamente, el terreno de actuación propio de las acciones positivas es el de la discriminación. Ello supone, que sin situaciones de discriminación real y actual de personas que integran grupos o colectivos, las medidas de acción positiva carecen de sentido, y serían, por lo tanto, ilícitas. Ilicitud, claro está, que no queda circunscripta a esa sola hipótesis, sino que también quedaría configurada cuando una medida de acción positiva no resulte proporcionada, vale decir, cuando se trate de una medida que para impedir una discriminación grupal se traduzca en una discriminación del grupo opuesto al que se pretende proteger.

(1) Abogada, catedrática de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Catedrática de la Universidad de Guayaquil. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Ecuatoriana de Derecho del Trabajo. Ex asambleísta constituyente.

La doctrina es uniforme en el sentido de reconocer que las acciones positivas tuvieron su origen en EE.UU. Barrere Unzueta[2], explica que la expresión tuvo su origen en la llamada Ley Wagner de 1935, agregando que su primera expresión está dada por la Orden Ejecutiva del 16 de marzo de 1961 del Presidente John F. Kennedy. A partir de entonces, tuvo lugar una copiosa jurisprudencia en el país del norte de América, acerca de la validez o invalidez de medidas concretas de acción positiva, siendo de cita obligada, aunque no se trate de un caso de discriminación femenina, el célebre caso "Bakke"[3]. El TJCE, registra importantes sentencias sobre el tema que me ocupa (1995, C-450/93, Asunto Kalanke; 1997, C-409/95, Asunto Marschall; 2000, C-158/97, Asunto Badeck; 2000, C-407/98, Asunto Abrahamsson; 2002, C-476/99, Asunto Lommers; y 2004, C-319/03, Asunto Briheche.

II. LAS ACCIONES POSITIVAS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL RESPECTO DE LAS MEDIDAS LEGALES DE TUTELA LABORAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

1. Acciones positivas. Concepto y caracteres

La delimitación conceptual entre las medidas laborales de tutela legal y las acciones positivas establecidas en contra de la discriminación de la mujer, no es un tema que haya merecido dedicación por parte de la doctrina ecuatoriana. Existen sí, publicaciones muy elaboradas en torno a las acciones positivas en general, y a las medidas mencionadas en primer término, pero, en ninguna de ellas, se observa un análisis profundo destinado a establecer diferencias de concepto entre ambas.

Sin entrar en mayores detalles que exceden lo que me he propuesto para esta oportunidad, diré que no existe uniformidad en lo que hace a la terminología empleada para identificar aquellos planes o medidas implementados por los estados para hacer desaparecer situaciones concretas de discriminación. Se alude, en algunos países a las *affirmative actions*, o *positive actions*; también a las "acciones afirmativas" o "acciones positivas" y, finalmente, a las "discriminaciones positivas

(2) BARRERE UNZUETA, María Ángeles. "Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación, y acción positiva versus igualdad de oportunidades". En: *Revista Vasca de Administración Pública.* Nº 60, punto III.1.

(3) University of California Regents c/ Bakke" (438 US 265 de 1978).

o inversas"[4]. Para el presente trabajo, utilizaré la expresión "acciones afirmativas", no sin aclarar que me parece inapropiada la expresión "discriminación positiva" o "inversa", en razón de que el término discriminación, en el ámbito jurídico, tiene connotaciones abiertamente negativas, por estar destinado a la identificación de ciertos comportamientos (prohibidos) que, por ello, son considerados ilícitos[5]. No es posible, pues, el uso de ese vocablo para identificar acciones o comportamientos lícitos.

La Constitución no define a las acciones positivas, sin embargo, alude a ellas, de manera transversal a lo largo de su texto constitucional[6] para garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, para el acceso a cargos electivos y partidarios; y para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y del pleno goce de derechos fundamentales, respecto de las mujeres.

El Ecuador es signatario de varios tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el Convenio Nº 111 de la OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación).

La dificultad de dar una definición precisa de las acciones positivas, de alguna manera queda neutralizada al individualizar cada una de sus características[7]. En primer lugar, se trata de medidas o planes destinados a erradicar discriminaciones sistemáticas y actuales, de ciertos colectivos de personas (por ejemplo, la mujer). Que no de medidas de tipo individual para proteger contra una discriminación concreta. En segundo lugar, son medidas de carácter temporal, vale decir, destinadas a alcanzar el objetivo propuesto. En tercer lugar, debe tratarse de medidas aptas (adecuadas) para lograr el fin que se busca, y proporcionadas, de modo que no signifiquen una discriminación inversa, esto es, del grupo opuesto al que se pretende proteger.

(4) Al respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las acciones positivas en la reforma constitucional (artículo 75, inc.23, CN).* Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obra Nº 27, Buenos Aires, 1998; CONFALONIERI, Juan Ángel (h). "Comentario al artículo 17 de la LCT". En: *Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada*. (Dir. Rodriguez Mancini, Jorge). Tomo I, La Ley, 2007, p. 555.

(5) Cfr. CONFALONIERI, Juan Ángel. Ob. cit., p. 556. También: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. Ob. cit., p. 145.

(6) Constitución de la República del Ecuador (Montecristi Asamblea Constituyente 2008).

(7) FABREGAT MONFORT, Gemma. *Las medidas de acción positiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 26-27.

2. Identificación de las medidas de tutela legal de la mujer en el trabajo ¿Representan ellas acciones positivas?

Diversas causas que en la actualidad ponen en entredicho la existencia de disposiciones destinadas a la regulación del trabajo femenino, sirvieron en su momento para su justificación. Que la mujer tiene a su cargo el cuidado del hogar y la educación de los hijos, o que puede resultar afectada por realizar trabajos en ciertas y determinadas horas del día, son hoy razones desactualizadas para justificar un trato diferenciado de la mujer respecto del hombre.

La normativa ecuatoriana en materia de no discriminación e igualdad de remuneración, a mi juicio, va más allá, de simples enunciados. Empiezo por la norma suprema, que en su artículo 11 numeral 2, dispone que: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades", y que nadie podrá ser discriminado entre otras razones, por el sexo, puntualizando el mismo inciso que la ley sancionará toda forma de discriminación y que "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad".

El artículo 66 numeral 4, relativo a los derechos de libertad, reconoce y garantiza a las personas el "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación".

En materia de política estatal prescribe el artículo 70 que el Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, incorporando el enfoque de género en planes y programas, para lo cual brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el Sector Público, disponiendo en ese mismo sentido el artículo 176 que para designar a los servidores judiciales se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.

Nuestra carta magna, en materia laboral propiamente dicha, en la sección relativa al trabajo dispone lo siguiente:

> "**Artículo 331.-** El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.
>
> Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo.
>
> **Artículo 332.-** El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación

de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

Artículo 333.- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley".

Las constituciones a nivel mundial, consagran valores superiores de una sociedad, postulan principios, fines estatales y libertades fundamentales que se pretenden proteger, sin embargo, como podemos apreciar, la ecuatoriana, es preeminentemente normativa.

El Código de Trabajo Ecuatoriano, es una normativa eminentemente tutelar en lo que se refiere a la mujer en el trabajo[8]. Las normas protectoras[9],

(8) Mientras escribo estas líneas, ha llegado por parte del Ejecutivo a la Asamblea Nacional un Proyecto de Reforma al Código de Trabajo Ecuatoriano. Respecto de medidas protectoras, existe una importante novedad: el despido nulo "para las mujeres en estado de gestación y para los dirigentes sindicales". Eso es lo que se conoce en el Derecho Laboral internacional como despido discriminatorio. El tratamiento que otras legislaciones (como la argentina) le dan al despido discriminatorio, es la nulidad del acto y la reinstalación o readmisión del trabajador, en el ámbito del empleo privado (es la actual doctrina de la CSJN, aplicando el artículo 1 de la Ley 23.592). En el Ecuador, el despido a una mujer embarazada acarreaba únicamente una indemnización extra correspondiente a un año de remuneración, pero no existía la nulidad del acto ilegal, que es justamente aquello que se pretende incorporar.

(9) El artículo 138 prohíbe ocupar a mujeres y varones menores de dieciocho años en industrias o tareas que

garantizan por ejemplo, que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, y en caso de despido o desahucio el empleador deberá pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten. Asimismo el artículo 155 se encarga de la protección a la maternidad brindándole a la madre trabajadora lactante durante los doce (12) meses posteriores al parto, una jornada de seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.

¿Las medidas legales enumeradas precedentemente tienen la misma naturaleza jurídica? ¿Es posible trazar diferencia entre ellas? Si lo fuera, ¿cuáles serian los elementos a valorar? ¿Podría afirmarse que todas son acciones positivas, o que ninguna lo sea? Y en esta última hipótesis, ¿qué son?

Estimo que las normas detalladas en los renglones anteriores, contienen medidas de diferente naturaleza. Algunas son medidas de tutela que surgen del ordenamiento laboral respecto de la mujer; otras (las menos), son acciones positivas. Las diferencias entre ambas las explico de inmediato.

a) Las acciones positivas, requieren discriminaciones sistemáticas, actuales y colectivas. En cambio, las otras medidas legales de tutela laboral, tienen un campo de aplicación más extenso, pues, no todas van dirigidas a contrarrestar un acto discriminatorio (por ej. el derecho de lactancia). Pero, las que si persiguen ese objetivo, se diferencian de las acciones positivas, porque apuntan a prevenir discriminaciones futuras, o sancionar las presentes, tratándose, en ambos casos, de discriminaciones de carácter individual.

b) Las medidas de acción positiva tienen carácter temporal, por lo que están llamadas a desaparecer una vez que se ha logrado el objetivo de hacer desvanecer la discriminación actual y colectiva. Al contrario, las otras medidas antidiscriminatorias, son estables en razón de que fueron pensadas para evitar posibles discriminaciones individuales y futuras, o para sancionar la que fuera actual.

c) Siempre una acción positiva requiere un hacer para erradicar una situación de discriminación colectiva actual. En cambio, las restantes

sean consideradas como peligrosas e insalubres, que puedan constituir un grave peligro para la moral o para el desarrollo físico de mujeres y varones menores de la indicada edad. Referente al limite máximo de carga para la mujer, el artículo 139 establece que el transporte manual de carga en que se empleen mujeres son sus respectivos límites máximos.

medidas legales analizadas, establecen prohibiciones como mecanismos de defensa contra la discriminación, que, violadas, otorgan derechos al perjudicado.

d) Los derechos violentados no son los mismos cuando las medidas legales son ilegitimas. Cuando la ilegalidad afecta a una medida de acción positiva, estará en juego (siempre), el derecho de no discriminación de un grupo (el opuesto al que se ha querido proteger). De ahí que a este tipo de discriminación se la denomine inversa. En cambio, cuando la ilegalidad afecte a una medida que no sea susceptible de ser caracterizada como acción positiva, podrá haberse violado, a nivel individual, el derecho de no discriminación de una persona del sexo opuesto, y también (pero no simultáneamente), el derecho de propiedad (artículo 66 numeral 26 de la Constitución de Ecuador), derechos de libertad (artículo 66, numerales 15 y 16 de la Constitución del Ecuador), el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva y el derecho a la libertad de contratación.

Particularmente considero que la citada normativa (legal) ecuatoriana, respecto de la protección a la mujer en el trabajo, es eminentemente tutelar, mas no constituye acciones afirmativas propiamente dichas.

Una de las normativas de acción afirmativa que tiene la legislación ecuatoriana, es la **Ley de Amparo Laboral de la Mujer** de 1997 que traía consigo 2 artículos que propiamente constituían las medidas afirmativas:

Artículo 1.- Al artículo 41 del Código del Trabajo, agrégase el siguiente numeral:

> "Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres), porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio del Trabajo, establecidas en el artículo 125 (124), de este Código".

Artículo 3.- Al numeral 10 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, agrégase el siguiente inciso:

> "Las Cortes Superiores estarán integradas por un mínimo de veinte por ciento de mujeres como ministros jueces y mantendrán igualmente un mínimo de veinte por ciento de mujeres en su nómina de jueces, notarios, registradores y demás curiales".

El primer artículo nos remite a otra norma que son las comisiones sectoriales, las cuales nada dicen respecto del porcentaje mínimo de contratación a la mujer, y el siguiente artículo en el año 2009, Ley Orgánica de la Función Judicial fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual dentro de su articulado dispone únicamente que "se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres; a través de los procedimientos establecidos en este Código" (artículo 52). Desde luego no es lo mismo "propender" que garantizar un mínimo de participación, razón por la cual las referidas medidas no se aplican.

En este punto es importante destacar que el único organismo que con base en los preceptos constitucionales y a las medidas de acción afirmativas allí establecidas ha impulsado el tema de la igualdad real entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y a los cargos de jerarquía y dirección es el Consejo de Educación Superior (CES), que es un organismo de Derecho Público, con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior. Bajo esta normativa, el CES sobre la base de una medida de acción afirmativa pretende regular la participación de la mujer en la universidad ecuatoriana, pues entre sus atribuciones está la de monitorear el cumplimiento de los aspectos académicos y jurídicos de las instituciones de educación superior; disponiendo lo siguiente:

> "**Artículo Único.-** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 61, numeral 7, de la Constitución de la República y en el artículo 18, literales d) e i), de la Ley Orgánica de Educación Superior, el desarrollo de los procesos de elección de varias autoridades o representantes para los órganos de cogobierno en las universidades y escuelas politécnicas, en un mismo proceso eleccionario, deberá efectuarse respetando los principios constitucionales de alternancia, paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad.
>
> Los referidos principios son aplicables tanto a elecciones mediante listas como a elecciones unipersonales; en este último caso, deberá asegurarse la participación de personas de distinto género en las candidaturas individuales presentadas por un mismo movimiento o alianza electoral.
>
> Los tribunales o consejos electorales de las universidades y escuelas politécnicas están obligados a garantizar el respeto de los referidos principios.

De la misma manera, los principios constitucionales de alternancia, paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad, deberán respetarse para la designación de autoridades académicas.

Esta medida de acción afirmativa, *erga omnes*, fue dispuesta para todas las universidades y escuelas politécnicas del país, y por el incumplimiento el CES, ya ha empezado a sancionar, razón por la cual en base a esta medida coercitiva, el personal directivo, se encuentra contratando mujeres.

La citada resolución tiene como base legal la siguiente normativa: el artículo 61, número 7, de la Constitución de la República reconoce como derecho de las y los ecuatorianos: 'Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional'; en el artículo 18, literal d), de la LOES, determina que las universidades y escuelas politécnicas, en ejercicio de su autonomía responsable, tienen libertad para nombrar a sus autoridades, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, las y los servidores y las y los trabajadores, atendiendo a la alternancia y equidad de género, de conformidad con la Ley; en el inciso primero del artículo 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), determina: 'La elección de Rector o Rectora y Vicerrector o Vicerrectora, Vicerrectores o Vicerrectoras de las universidades y escuelas politécnicas se hará por votación universal, directa, secreta y obligatoria de los profesores o las profesoras e investigadores o investigadoras titulares, de los y las estudiantes regulares legalmente matriculados a partir del segundo año de su carrera, y de las y los servidores y trabajadores titulares. No se permitirán delegaciones gremiales'; en el artículo 56 de la LOES, dispone: 'Cuando existan listas para la elección de rector o rectora, vicerrector o vicerrectora, vicerrectores o vicerrectoras, y demás autoridades académicas, deberán ser integradas respetando la alternancia, la paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad conforme a la Constitución'".

III. CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico de Ecuador contempla el recurso a las acciones positivas como mecanismo para neutralizar discriminaciones por razones de sexo contra la mujer en el ámbito laboral.

2. Dichas acciones, en principio, no resultan violatorias de derecho constitucional alguno, a no ser que, por resultar desproporcionadas, impliquen una discriminación del colectivo opuesto al que se quiso tutelar.

3. Las acciones positivas representan un instrumento más en contra de la discriminación de la mujer en el trabajo, que se suma a otras medidas de tutela orientadas a ese fin.

4. La diferencia básica y fundamental entre las acciones positivas y las otras medidas de tutela creadas para ser aplicadas en la relación laboral consiste en la temporalidad de las primeras, en razón de estar concebidas para eliminar una concreta situación actual de discriminación de un colectivo de trabajadores (en este caso, las mujeres).

En materia de acciones afirmativas, queda claro que es mucho lo que falta por hacer, en especial, en el sur, donde la pandemia de la discriminación a la mujer sigue en aumento, a pesar de los muchos esfuerzos que llevan acabo organismos internacionales para tratar de erradicarla.

A pensar de que la normativa ecuatoriana es tutelar, y que las acciones afirmativas a favor de las segregadas se encuentran claramente estipuladas en nuestra Carta Magna, la discriminación de facto continúa existiendo, pues las sanciones y las exigencias no son obligatorias, sino potestativas. Un marco legal que delimite y determine las acciones normativas para erradicar la discriminación laboral a la mujer sigue siendo un tema pendiente, que sin duda dará mucho que hablar en los próximos congresos.

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

RAFAEL F. ALBURQUERQUE[1]

Fue una verdadera conmoción, como una de esas tormentas de verano que de súbito ensombrecen el cielo más límpido y calmo y descargan su furia sobre todo y todos. Mario había fallecido, así nos lo decía un correo del presidente de la Academia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social que recibimos un domingo a prima noche del pasado mes de marzo.

¿Cómo era posible? Mario había estado con nosotros en noviembre de 2013 en ocasión de un Congreso de Derecho Constitucional del Trabajo que se organizó para conmemorar los 50 años de mi graduación como abogado y durante los días que compartió con nosotros lo vimos como siempre: comunicativo, alegre, disfrutando de los buenos momentos con amigos y colegas. El día de su retorno, Héctor Arias Bustamante, encargado de conducirlo al aeropuerto, lo encontró frente a la piscina disfrutando de un arroz, habichuelas y carne, la típica bandera dominicana.

Peruano de nacimiento, Mario Pasco Cosmópolis fue conocido en todo el ámbito hispanoamericano como uno de los más prestigiosos juslaboralistas; excelente profesor de la Pontificia Universidad Católica de Lima; brillante expositor en la cátedra y en los cónclaves nacionales e internacionales; contertulio ameno y compañero solidario, quien sobresalió como una figura egregia del Derecho del Trabajo desde los años ochenta del pasado siglo.

(1) Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Recinto Santo Tomás de Aquino; miembro de la Comisión de Expertos de la OIT 2001 a 2003; presidente de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT 2012; ministro de Trabajo 1991-2000; vicepresidente de la República 2004-2008.

Estuvo en múltiples ocasiones en la República Dominicana, a la cual le guardó un afecto muy especial: a Puerto Plata la recordaba como la ciudad en donde un colega, que hoy ocupa una alta función pública, lo deslumbró por sus buenas dotes de bailarín; de San Pedro de Macorís siempre mencionaba su río, pues en sus años mozos un boxeador de su tierra fue noqueado por el Zurdito del Higuamo; a Santiago la llamaba con el nombre del Santiago de las Bellas Damas; y en Santo Domingo nunca olvidaba como sus hijos, provenientes de una Lima, en donde nunca llovía, quedaron estupefactos ante las fortísimas lluvias torrenciales que herían la ciudad.

Actor en su juventud, nunca le abandonaron los dotes histriónicos que le ayudaban a cautivar a su público cuando le deleitaba con una de sus conferencias magistrales; así lo hizo por última vez en Santo Domingo, cuando disertó en noviembre pasado sobre Derecho Constitucional del Trabajo.

Tal vez lo conocí antes de 1983, pero fue en este año cuando Mario Pasco Cosmópolis comenzó a ser mi amigo, al coincidir en la ciudad de Maracaibo con Nestor de Buen, el maestro mexicano, en un Seminario organizado por el Colegio de Abogados del Zulia. Allí, en un momento de esparcimiento y al borde de una piscina, mientras combatíamos el calor con una bebida refrescante, nos propusimos integrar a un grupo de colegas con el propósito de escribir un libro sobre temas específicos del Derecho del Trabajo. Mario sugirió un nombre para el colectivo: "La Patota", con nula significación para nosotros, pero sinónimo de pandilla en los países del Cono Sur. El maestro uruguayo, don Américo Plá Rodríguez, ya fallecido, a quien encargamos de prologar la primera obra, y quien con su entusiasmo se convirtió en miembro activo del conjunto, hizo enérgica protesta por el nombre, de modo que terminamos siendo conocidos por el "Grupo de los Ocho" y luego de los "Nueve", al incorporarse un nuevo colega, pero siempre entre nosotros seguimos identificándonos con el vocablo prohibido.

Mario deja un legado con sus escritos, siempre profundos y conceptuosos; con sus enjundiosas exposiciones; con su ejemplar vida pública, pues fue viceministro de Justicia y ministro de Trabajo; con la amenidad de sus encuentros; con la entrega como amigo y colega; con su vida digna y de trabajo, como profesor, abogado y litigante; con su dedicación a su esposa y sus hijos.

A esta obra homenaje que hoy publica la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS) me uno con un texto sobre Derecho Constitucional del Trabajo, tema de que nos habló Mario en noviembre de 2013 en Santo Domingo. A tu memoria, querido amigo.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de noviembre se celebró el I Congreso de Derecho Constitucional del Trabajo y algunos círculos se sorprendieron con la denominación y catalogaron la misma como contradictoria, pues en su razonamiento resultaba materialmente imposible admitir que se constituyeran en normas de orden público las relaciones jurídicas entre particulares. La observación no debía extrañar, pues en nuestra tradición jurídica siempre se han distinguido dos ramas del Derecho: el público y el privado. El Derecho Constitucional pertenece al primero; en cambio, el Derecho del Trabajo forma parte del segundo. En efecto, este se integra por un conjunto de normas que regula las relaciones jurídicas que se establecen entre dos particulares vinculados por un contrato de trabajo. Como cualquier otro contrato, el de trabajo está supeditado, aunque no totalmente, a los principios y reglas que gobiernan al Derecho Civil de las obligaciones. ¿Podría hablarse de un Derecho Constitucional de las obligaciones? Evidentemente, la respuesta debe ser negativa. El Derecho de las obligaciones descansa en los principios de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, que resultarían anulados si en el ámbito estrictamente privado penetraran las prescripciones de la normativa constitucional caracterizadas por su naturaleza de orden público. No obstante su naturaleza privada, ajena al interés general, sus normas de protección de carácter imperativo y la intervención de las autoridades públicas en las relaciones entre empresas y trabajadores imprimieron al Derecho del Trabajo un rasgo muy particular que llevó a una parte de la doctrina a considerar esta disciplina "se opone a todo el derecho anterior, tanto público como privado, no siendo por tanto, ni público ni privado, ni mixto, sino social, esto es, un *tercium genus*, una tercera división del Derecho que se debe colocar al lado de las otras dos conocidas hasta aquí[(2)]. Esta naturaleza especial y peculiar del Derecho del Trabajo facilitó la vinculación de esta disciplina con el ámbito público del Derecho. Así surgió un Derecho Administrativo del Trabajo, que organizó la intervención de las autoridades administrativas en las relaciones entre personas privadas y un Derecho Penal del Trabajo, que se encargó de establecer los hechos incriminados en materia laboral y las sanciones a aplicar. En la esfera de lo constitucional la interrelación de ambos Derechos también fue posibilitada porque de todas las ramas de las ciencias jurídicas, la del trabajo es la que más se compenetra con el entorno social y económico y en épocas de conmociones y avances revolucionarios, el hecho social desborda el ámbito estrictamente laboral hasta influir y penetrar en otras ramas del Derecho.

(2) FERREIRA CESARINO JUNIOR, Antonio. *Direito Social Brasileiro*, San Pablo, 1943, p. 107, citado por PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Curso de Derecho Laboral*. Vol. I, Acali Editorial, Montevideo, 1979, p. 626.

Fue en un México convulsionado donde por primera vez el Derecho del Trabajo alcanzó rango constitucional. El famoso artículo 123 de la Constitución de Querétaro de 1917, consagró las principales prerrogativas que hoy figuran en cualquier legislación del trabajo. En dicho texto se establece, entre otros derechos, la jornada de ocho horas de trabajo al día; la prohibición de contratar mujeres y menores de dieciocho años en labores peligrosas o insalubres; el descanso semanal; la licencia de maternidad; el goce de un salario mínimo suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero; el derecho a la asociación de empresarios y obreros; el derecho de huelga y de paro. Querétaro consigue "laboralizar" el orden constitucional existente hasta entonces, circunscrito a reconocer y garantizar las libertades individuales como un contrapeso a los poderes del Estado y sus autoridades. Los viejos textos constitucionales del siglo XIX, derivados de la Revolución Francesa de 1789, destinados exclusivamente a organizar el Estado y defender la persona del burgués propietario, comenzarán a ser sustituidos por nuevos cánones en los cuales se da respuesta a la cuestión social. El trabajador dependiente, hasta entonces ignorado, figura en un texto constitucional y con él sus organizaciones de defensa, que habían sido proscritas y reprimidas por el ordenamiento jurídico burgués.

Las Constituciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1918, la de Weimar, en Alemania, de 1919, y la de la República española de 1931, tendrán un sentido social mucho más amplio, pues no solo se limitarán a los temas agrarios y a la protección del trabajo asalariado, como Querétaro, sino que además incursionarán en otros aspectos sociales, inaugurando así una nueva dimensión en el Derecho Constitucional: se añaden al reconocimiento de los derechos individuales de la persona, nuevos derechos, de segunda generación, de naturaleza social y económica. A partir de 1930 el **constitucionalismo social** toma impulso y se expande como una respuesta a la crisis económica de 1929 que agudiza las tensiones sociales. Así como el Derecho del Trabajo fue un derecho de compromiso nacido en el contexto de la profunda crisis derivada de la Primera Guerra Mundial y el avance de las fuerzas proletarias, por el cual se aceptaron jurídicamente las reivindicaciones de la clase obrera a cambio de mantener las relaciones de dominación del sistema capitalistas, el auge del **constitucionalismo social** fue una respuesta a la radicalización de los movimientos obreros que con sus demandas amenazaron al orden legal constituido. La incorporación en la Constitución de los principales derechos laborales fue un mecanismo inteligente utilizado por las clases gobernantes para apaciguar al proletariado, pues con ello se garantizaba su vigencia, que en adelante no estaría expuesto a los vaivenes de un simple cambio de legislación. Demás está decir que el desarrollo del **constitucionalismo social** que se inició en la década del 30 se consolidó a la terminación de la

Segunda Guerra Mundial cuando finalizó la crisis y se dio paso al **Estado social de derecho** "que incorpora a sus funciones la procura de la existencia, es decir, la efectividad de los derechos sociales y económicos (…) responde a una nueva idea de la legitimidad que conlleva una idea social del Derecho (…) y no solo asigna y distribuye derechos formales, sino también derechos materiales"[3].

En la República Dominicana no fue hasta la reforma de 1942 cuando por primera vez en la historia republicana figura el trabajador como sujeto de la historia; en ella se dispone que la ley adjetiva podrá establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos, los seguros sociales y, en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias para los trabajadores[4], previsiones que se reprodujeron en los textos de 1947, 1955 y 1959. En realidad el texto constitucional no consagra derecho alguno a favor del trabajador, pues se limita a remitir a la ley adjetiva el reconocimiento de estos derechos, y lo hace, no como un mandato imperativo, sino como una simple potestad que otorga al legislador. Fue, pues, la reforma de 1963 la que por primera vez en el país abandona el constitucionalismo decimonónico que identifica exclusivamente al hombre con el individuo y a este con el burgués[5], para incluir en sus textos un verdadero reconocimiento al trabajo y al hombre trabajador. Al trabajo se le cataloga como principio fundamental y básico de la nación dominicana y se le define como el cimiento de su organización política, social y económica. Se reconoce el derecho de todo dominicano al trabajo y se impone al Estado la obligación de propiciar y garantizar las condiciones indispensables para hacer efectivo y real este derecho. Se coloca al trabajo bajo la supervisión y protección del Estado, en todas sus formas y aplicaciones; establece como deber principal del Estado la función y superación profesional del trabajador; y exige del Estado la promoción de convenios con organizaciones internacionales tendentes a la reafirmación y reglamentación de los derechos del trabajador. En el texto de 1963 se incluyen los principios de "a igual trabajo, corresponde igual salario, sin discriminación de sexo, edad o estado" y el de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios de los trabajadores y se reconocen

(3) SAGÜÉS, Nestor P. "Incostitucionalidad por omisión", p. 109, y ss., citado por ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 474, nota 8.

(4) HERNÁNDEZ QUEZADA, Porfirio. "El Derecho del Trabajo en la Constitución de la República Dominicana". En: *El Derecho del Trabajo en las Constituciones de Iberoamérica*. Coordinada por Teodosio Palomino, Editorial Juris-Laboral, Lima, 1999, p. 484. Previo al 1942, las reformas de 1908, 1924 y 1934 reconocieron la libertad de trabajo, industria y comercio, y en la del último año citado se agregó la libertad de asociación.

(5) DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 787.

los derechos de los minusválidos a recibir educación, formación o rehabilitación, de participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, de organizarse libremente en sindicatos, de huelga; y confiere al legislador adjetivo la potestad de reglamentar la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales y, en general, todas las providencias de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias o útiles a favor de los trabajadores .

La reforma de 2010 retoma la orientación de la Constitución de 1963, pero fortalece y amplía el **constitucionalismo social**, pues deja atrás la vieja concepción liberal del Estado de derecho para declarar a la República Dominicana como un Estado social y democrático de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y los derechos fundamentales, en que la realización de la igualdad no se concreta al viejo postulado de que todos las personas son iguales ante la ley sino en la obligación que se impone al Estado y sus autoridades para promover la igualdad de personas, grupos y sectores desfavorecidos(6). Esta concepción de la igualdad material se concreta con el establecimiento de medidas de protección para la familia, las personas menores de edad, envejecientes y afectadas de alguna discapacidad, y la garantía a favor de todas las personas de los derechos a la salud, educación, seguridad social, vivienda, cultura, deporte y trabajo, derechos que califica como **fundamentales** y los cuales por mandato expreso del constituyente vinculan a todos los poderes públicos, que deben garantizar su efectividad mediante instrumentos de tutela y protección, para que cualquier persona pueda satisfacerlos frente a los sujetos obligados a su cumplimiento.

En el ámbito estrictamente laboral, el texto de 2010 establece como derechos básicos de los trabajadores, entre otros, la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, su intimidad y su dignidad personal; prohíbe toda clase de discriminación; reconoce el derecho de huelga; proclama la igualdad del hombre y la mujer y ordena que la ley dispondrá todo lo relativo a las jornadas de trabajo, días de descanso y vacaciones, salarios mínimos, participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa.

Ahora bien, el Derecho Constitucional del Trabajo tiene otra vertiente, actual, propia del siglo XXI: en efecto, si en el pasado siglo era el Derecho del Trabajo el que invadía el ámbito del Derecho Constitucional, en la actualidad es este último el que penetra en la esfera privativa de aquel, en un fenómeno que se ha llamado la **"constitucionalización del derecho"**, cuya manifestación solo podía

(6) ARANGO, R. *El concepto de derecho social fundamental*. Legis, Bogotá, 2005, p. 68.

expresarse a partir de un Estado social de derecho y el reconocimiento constitucional de los denominados derechos fundamentales.

II. PRIMERA PARTE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Siempre se nos enseñó que en la cúspide de la jerarquía de las fuentes del Derecho se encontraba la Constitución; por consiguiente, una ley adjetiva debía respetar lo dispuesto por aquella, so pena de ser declarada nula e ineficaz. Sin embargo, un examen más cuidadoso del tradicional Derecho nos muestra que en nuestro orden jurídico todo giraba en torno a la ley, la ley *stricto sensu*, la aprobada por el Congreso Nacional. La ley se confundía con el Derecho y el juez estaba obligado a aplicarla, pura y simplemente. Por su parte, la Constitución era tan solo un referente, un conjunto de buenas intenciones, de declaraciones programáticas, de simples aspiraciones e ideales, que sin un soporte de la ley adjetiva carecía de toda eficacia práctica.

Hoy en día la Constitución inunda todo el ordenamiento jurídico, pues ya no se limita a organizar el Estado y a garantizar las libertades individuales, sino que se inmiscuye en toda la vida jurídica. Un autor ha podido decir "que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional"[7]. Ha sido este fenómeno lo que la doctrina ha llamado la **"constitucionalización del Derecho"**, esto es, un "proceso al término del cual el Derecho es "impregnado", "saturado" o "embebido" por la Constitución"[8]. Las normas constitucionales invaden todo el orden jurídico, sin necesidad "de desarrollo infraconstitucional y, especialmente, sin necesidad de desarrollo legal"[9]; las mismas gozan de eficacia jurídica, deben ser cumplidas y acatadas, pues no se trata de simples recomendaciones que guiarán al congresista en su labor legislativa. Naturalmente, para que este proceso se desarrolle es necesario que el sistema jurídico esté constitucionalizado, lo que se ha logrado en la República Dominicana con la reforma de 2010 que, por un lado, reconoce los derechos fundamentales de la persona, y, por otro, dispone que estos derechos vinculan a los poderes públicos, que están obligados a garantizar su efectividad

(7) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y garantismo, obra colectiva Garantismo.* Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005, p. 48.

(8) COMMANDUCI, citado por UGARTE CATALDO, José Luis. *Derechos, trabajo y privacidad*. Abeledo-Perrot, Santiago, Chile, 2011, p. 1.

(9) UGARTE CATALDO, José Luis. Ob. cit., p. 6.

(artículo 68) y a interpretarlos en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos (artículo 74, ordinal 4).

Pues bien, como parte del ordenamiento jurídico nacional, el Derecho del trabajo no escapa a este proceso de **constitucionalización**, en que las normas de la Constitución se aplicarán a las relaciones jurídicas que vinculan a los actores del mundo del trabajo, muy especialmente aquellas que configuran derechos subjetivos fundamentales, cuya titularidad recae en el trabajador. En este sentido, no cabe la menor duda de que la **constitucionalización** del Derecho del trabajo está íntimamente relacionada con la noción de los **derechos fundamentales** y su eficacia jurídica, que al decir del Tribunal Constitucional español "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política"[10].

1. Los derechos fundamentales

Se ha sostenido que en su concepción moderna, los derechos fundamentales deberían ser identificados con los derechos humanos[11]. Durante largo tiempo se catalogaron como tales los derechos civiles y políticos conferidos por las constituciones del siglo XIX a la persona humana. Solo a partir de la aparición del Estado social se incorporan los derechos sociales y laborales al conjunto de los derechos humanos fundamentales. La noción, por lo tanto, comprende en la actualidad a los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por otro; noción que alcanza una preeminencia singular gracias al fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, "pues tanto a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas que lo complementan integran el catálogo de derechos cuyo reconocimiento y protección internacional se persigue, especialmente luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial"[12].

Con esta incorporación de los derechos sociales al elenco de los derechos humanos, enseña el maestro uruguayo Plá Rodríguez, se registró un avance considerable en la evolución de los conceptos, pues supuso que en la conciencia de la

(10) Sentencia 53/985.

(11) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina". En: *Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia*. Colegio de Abogados del Trabajo, Bogotá, 2006, p. 29.

(12) ACKERMAN, Mario E. y TOSCA, Diego M. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I, Ob. cit., p. 470.

gente no solo se le debía garantizar su libertad y seguridad individual, sino también asegurársele un mínimo de bienestar(13).

En el campo estrictamente laboral estos derechos fundamentales responden a dos tipología diferentes: los derechos que son atribuidos al trabajador en su condición de asalariado y aquellos que le son reconocidos como ciudadano.

Una lectura del artículo 62 de la Constitución vigente, nos enseña que el constituyente califica como derechos básicos de los trabajadores la libertad sindical, la negociación colectiva, la seguridad social, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal. No obstante, el texto constitucional advierte que no son los únicos derechos fundamentales reconocidos al trabajador, primero, porque expresamente señala que "entre otros" están los que a continuación menciona, y, segundo, porque más adelante dispone que la enumeración de los mismos no tiene carácter limitativo y, por tal razón, no excluye otros derechos y garantías de igual naturaleza (artículo 74, ordinal 1). En efecto, en el propio artículo 62 se pueden visualizar otros derechos fundamentales, como son la prohibición al trabajo forzado, la interdicción de toda clase de discriminación en el trabajo, el reconocimiento a la igualdad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo y el derecho a un salario justo y suficiente que permita al trabajador vivir con dignidad.

Agréguese a este catálogo los convenios internacionales de la OIT que consagran derechos humanos de naturaleza laboral, ratificados por el país, que conforme a lo dispuesto por la Carta Sustantiva tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (artículo 74, ordinal 3). Asimismo la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobada por la OIT en su conferencia de 1998, que aunque no es de naturaleza vinculante, establece un compromiso de acción y de conducta para todos los Estados miembros de dicha organización, de promover y hacer cumplir de buena fe la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo u ocupación.

Por su parte, el Principio XII del Código de Trabajo, aunque anterior a la Constitución, recoge parcialmente los derechos básicos que esta confiere al trabajador, a saber, la libertad sindical, el disfrute de un salario justo, la capacitación

(13) Citado por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. C*onferencia pronunciada en el I Congreso de Derecho Constitucional de Trabajo*. Santo Domingo, 20, 21 y 22 de noviembre de 2013.

profesional y el respeto a su integridad física, a su intimidad y a su dignidad personal. El texto aclara que se trata de una enumeración simplemente enunciativa.

Todos estos principios y normas sobre derechos humanos, independientemente de su fuente y de su carácter vinculante, integran lo que ha pasado a llamarse el **bloque de constitucionalidad**, con fuerza normativa y eficacia supralegal y hasta supraconstitucional, pues en caso de conflicto con la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales deberán interpretarse en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos (artículo 74, ordinal 4).

Pero en adición a estos derechos fundamentales específicamente de naturaleza laboral, existen otros de carácter general que pueden ser ejercidos por los trabajadores dentro del marco de las relaciones de trabajo. Es en este punto cuando se nota la impregnación del Derecho Constitucional en la órbita del Derecho del Trabajo. Se trata de derechos que corresponden al trabajador como persona y como ciudadano, y, en este sentido, amplían la esfera personal de autonomía del trabajador y reconocen que este es también un ciudadano. Manuel Carlos Palomeque, el renombrado juslaboralista español, los ha denominado **"derechos laborales inespecíficos"**, pues corresponden a derechos humanos fundamentales que son reconocidos a toda persona y a todo ciudadano, que adquieren una naturaleza laboral porque podrán ser ejercidos por el trabajador en el ámbito de las relaciones de trabajo[14]. Es la versión laboral de los derechos fundamentales, en afortunada expresión del maestro Alonso Olea. Curiosamente, estos **derechos laborales inespecíficos** fueron todos reconocidos por las Constituciones del siglo XIX como garantías a la libertad individual y a la protección de un espacio de autonomía frente a los poderes públicos; empero, fueron ignorados por el **constitucionalismo social** que se centró en plasmar los derechos fundamentales propiamente laborales como un instrumento para tratar de equilibrar el poder del jefe de la empresa, particularmente mediante el reconocimiento a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. Involucrarse en los derechos fundamentales inespecíficos hubiera conducido en forma modesta a asegurar un espacio de autonomía personal al trabajador, pero desbordaba la filosofía de un Derecho del Trabajo preocupado exclusivamente por impedir que los poderes de dirección del empleador sobre el trabajador se utilizaran para someterlo a condiciones intolerables de trabajo. Existe, por lo tanto, una verdadera anomia respecto a los derechos laborales inespecíficos y su ejercicio, pues con las excepciones de rigor, el legislador ha guardado silencio en cuanto a los derechos que corresponden al

(14) PALOMEQUE, M. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 229.

trabajador en su calidad de ciudadano. Entre las excepciones, vale la pena mencionar al constituyente dominicano de 2010 que reconoce como derecho fundamental del trabajador su intimidad y su dignidad personal (artículo 62, ordinal 3). Lo mismo hace el legislador laboral (Principio XII del Código de Trabajo), que también prohíbe cualquier tipo de discriminación (Principio VII). Naturalmente, este vacío de regulación legal fue suplido por los tribunales constitucionales que con sus decisiones, en muchas ocasiones pretorianas, aseguraron la operatividad de estos derechos en el contexto de la empresa y en el marco del contrato de trabajo.

Hoy nadie discute en doctrina ni jurisprudencia la existencia de los **derechos laborales inespecíficos**, pues como bien dice Ermida Uriarte, "la titularidad y goce de tales derechos mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva jerarquizada como la empresa"[15]. La empresa no puede ser un coto cerrado, un claustro en el cual el trabajador pierde su autonomía personal y sus derechos como ciudadano; en efecto, si el poder empresarial tiene sus límites en lo que respecta a los derechos del trabajador, de igual modo debe haber restricciones en cuanto a los derechos de que es titular el asalariado como persona y ciudadano. Como bien lo afirma el tratadista Romagnoli, "al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al fin de la jornada. Por el contrario, él sigue siendo titular de los derechos esenciales de las personas (…) los que vienen a engrosar significativamente el número de derechos humanos de que es titular el trabajador"[16].

¿Cuáles son los derechos laborales inespecíficos? Es muy difícil establecer un catálogo de los mismos, pero en general se admite como tales, el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al honor, la intimidad personal y la dignidad; el respeto a las libertades de expresión, información, religión e ideología; el derecho de reunión en el ámbito de las relaciones laborales, el derecho a la integridad física, moral y psíquica de la persona humana; el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. ¿Se podrían negar al trabajador tales derechos? Aunque la empresa es la propiedad privada de su dueño, resultaría inaceptable que la misma permaneciera al margen del ordenamiento constitucional y del control normativo fundamental.

(15) Citado por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Conferencia pronunciada en el I Congreso de Derecho Constitucional de Trabajo*. Santo Domingo, 20, 21 y 22 de noviembre de 2013.

(16) Citado por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ver nota anterior.

2. La eficacia normativa de los derechos fundamentales

Durante todo el siglo XIX las disposiciones insertadas en las Constituciones se consideraban como simples declaraciones de principios, compromisos de carácter político, cuya eficacia se encontraba subordinada a la aprobación de una ley adjetiva. En este contexto, los derechos fundamentales no se catalogaban como normas jurídicas, sino como simples aspiraciones, guías de referencia para el accionar de las autoridades, sin fuerza normativa alguna para servir de fundamento a una acción judicial. El escenario cambió a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, cuando los juristas de la Europa continental concluyeron que todas las normas constitucionales tienen eficacia vinculante, sin necesidad de un soporte infraconstitucional. Desde entonces, y especialmente a partir de la década de los ochenta, las disposiciones constitucionales, incluyendo las relativas a los derechos fundamentales, dejan de ser normas "con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata"[17]. La Constitución de 2010 sustenta esta corriente de opinión cuando en su artículo 6 dispone que "todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico del Estado". Asimismo, en lo que respecta a los derechos fundamentales, su artículo 68 dispone que estos vinculen a todos los poderes públicos, obligados a garantizar su efectividad.

Los derechos fundamentales de primera generación concebidos como garantías de la libertad individual gozan, pues, de una **eficacia vertical** frente a posibles excesos o abusos por parte de los poderes públicos. Estos deben garantizar su cumplimiento, y en este sentido, se deberá respetar, por ejemplo, las libertades de expresión, ideológica y religiosa; el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen, y en caso de vulneración el ciudadano tendrá el derecho de recurrir a sede judicial para hacer cesar la perturbación manifiestamente ilícita e incluso para reclamar la condigna reparación por los daños y perjuicios que eventualmente hubiera podido sufrir. Se trataba de conferir a los particulares instrumentos de defensa ante las injerencias de las autoridades en la esfera de sus libertades individuales; se trazaba una línea de separación entre el Estado y la sociedad: al primero, se le imponían límites de actuación; a la segunda, se le reconocían derechos de protección[18].

(17) SASTRE, S. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo". En: *Neoconstitucionalismo.* Trotta, Madrid, 2003, p. 240.

(18) GRIMM, D. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2006, p. 161.

La doctrina de la **eficacia vertical** se ha visto reforzada con la nueva concepción de la **eficacia horizontal** de los derechos fundamentales, esto es, que estos derechos puedan ser opuestos a otros particulares en el ámbito de las relaciones privadas: por ejemplo, el derecho de no discriminación contra un establecimiento privado que niega el acceso por razones de raza; el derecho a la intimidad esgrimido contra un fotógrafo que invade el dominio privado; la libertad de expresión contra un medio de comunicación que se niega a publicar una nota aclaratoria. La justificación de la admisión de la **eficacia horizontal** entre particulares de los derechos fundamentales se fundamenta en su naturaleza intrínseca, son normas supremas que por mandato constitucional gozan de la máxima jerarquía jurídica y, por vía de consecuencia, valores que se dirigen no solo a los poderes públicos sino también a todas las personas que conforman una sociedad. No obstante, una parte de la doctrina discrepa con esta visión y entiende que la eficacia horizontal se explica porque en el ámbito privado de las relaciones sociales se reproduce en cierto sentido el poder que originalmente ejercía el Estado sobre los particulares; por lo tanto, si existe un poder privado, deben reconocerse mecanismos de protección entre particulares, tal como existen en la órbita de lo público. Este último criterio es el que predomina en la doctrina laboral y fue el que dio origen en Alemania a la tesis de la **eficacia horizontal** de los derechos fundamentales, cuando en un litigio de trabajo el magistrado Nipperdey sostuvo que hay normas sobre derechos fundamentales que no solo protegen la libertad frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano sus derechos en sus relaciones jurídicas con los demás[19].

Hoy en día ni doctrina ni tribunales dudan de la **eficacia horizontal** de los derechos fundamentales. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2003 pudo decir que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares (…) dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares". Sin embargo, en la actualidad se discute intensamente si la **eficacia horizontal** de los derechos fundamentales se produce en forma mediata o inmediata. Los partidarios de la eficacia mediata

(19) En el caso, el Tribunal Laboral Federal dictó el 5 de mayo de 1957 una sentencia por la cual anuló las cláusulas de un contrato de trabajo que autorizaban al empleador a despedir a la trabajadora en caso de contraer matrimonio. El tribunal presidido por Nipperdey juzgó la cláusula contraria a los derechos fundamentales. Un año después, 1958, el Tribunal Constitucional de Alemania condenó como contrarios a la libertad de expresión el llamado a boicot por un agente de prensa contra una película rodada por un cineasta que había trabajado con los nazis. A partir de estos fallos se elaboró la doctrina de la eficacia horizontal: *drittwirkung der grundrechte*.

argumentan que los derechos fundamentales solo obligan a los poderes públicos y sus autoridades, quienes se encargarán de aplicarlos en las relaciones entre particulares en la medida que sean desarrollados mediante leyes o decisiones judiciales. Los que se inclinan por la eficacia inmediata postulan que los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, sin necesidad de la intervención de una ley o una decisión judicial. El debate no ha concluido, sin que por el momento se pueda apreciar la existencia de vencidos y vencedores, aunque es importante resaltar que en general la tesis de la eficacia mediata o indirecta es mayormente sostenida por civilistas, preocupados por los efectos negativos que la misma podría tener sobre el principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre contratantes. La admisión de una eficacia directa devendría en una mengua poderosa de estas reglas esenciales del Derecho Civil. Precisamente, esta es la razón por la cual el debate en cuestión no ha tenido mucha repercusión en el ámbito del Derecho del Trabajo, elaborado en torno a un contrato en que se concede muy poco espacio a la autonomía de la voluntad, pues la generalidad de los derechos y obligaciones de las partes han sido preestablecidas por el legislador, y en que la vinculación entre contratantes configura una relación de poder, de una parte, y, dependencia, de la otra. Igual que sucede entre el Estado y los ciudadanos, en el Derecho de Trabajo se estructura una relación de subordinación del trabajador hacia el empleador, y así como aquellos deben ser protegidos de ataques y menoscabos de derechos, este último por igual debe ser protegido contra los excesos y abusos de la potestad empresarial. Son estas consideraciones las que conduce a la mayoría de la doctrina laboral a inclinarse por la tesis de la **eficacia horizontal directa** de los derechos fundamentales, cuya aplicación en el marco de la empresa contribuye a evitar que los poderes del jefe de la empresa lesionen los derechos básicos de la persona del trabajador.

III. SEGUNDA PARTE: LA COLISIÓN DE DERECHOS

El que se reconozcan al trabajador derechos laborales inespecíficos no implica, en modo alguno, que el empresario no goce de derechos fundamentales. Como ciudadano es titular de todos los derechos civiles y políticos que se les confieren a los particulares; se le garantiza la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 50) y se le reconoce el derecho de propiedad (artículo 51). De este último se derivan los poderes que la doctrina laboral atribuye al jefe de la empresa: de dirección, reglamentario y disciplinario. El de dirección por el cual da órdenes e instrucciones a su dependiente en la ejecución de su trabajo; el reglamentario que le sirve para organizar y ordenar el trabajo en su establecimiento; y el

disciplinario que le faculta para establecer sanciones disciplinarias cuando se ha incurrido en una falta a los deberes impuestos por la ley y el contrato. En el ejercicio de estos derechos que le atribuye la Constitución el empleador verá oponerse los derechos fundamentales que asisten al trabajador. Este querrá utilizar aretes en sus orejas o llevar un *pearcing* en su nariz; por su creencia religiosa se negará a trabajar el sábado; se resistirá a someterse a un examen para determinar si consume drogas; o se negará a ser vigilado por cámaras electrónicas o ser revisado en su correo electrónico.

¿Cómo conciliar los derechos laborales inespecíficos del trabajador con los derechos fundamentales del empleador? La respuesta no es sencilla porque no existe ni en la legislación nacional ni en otros ordenamientos jurídicos una normativa que resuelva sistemáticamente el problema. No obstante, en toda América Latina los tribunales y autoridades administrativas del trabajo han ido acumulando pronunciamientos sobre esta interrogante que pueden orientar en una materia que apenas se inicia en la República Dominicana.

1. La solución a la colisión de derechos

Una primera opción para intentar resolver el conflicto entre derechos fundamentales sería negarlo, sobre la premisa de que existe una verdadera armonía y adecuación entre los diversos derechos fundamentales, cada uno delimitado en su campo de aplicación. Bastará, por lo tanto, precisar el contenido del derecho de que se trate para superar cualquier supuesta colisión. Así, por ejemplo, la empresa tendrá la potestad de regular todo lo concerniente al uso de sus correos electrónicos, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia privada enviada y recibida por el trabajador(20). En realidad, es muy difícil, por no decir imposible, determinar el contenido de un derecho, y aunque se pudiera lograr, esto no significa que pudiera encajar perfectamente con otro que le es opuesto. Así, en el ejemplo dado, ¿cómo resolver la colisión si al efectuarse la revisión el empleador ha detectado un robo en la empresa?(21) Una segunda opinión admite la existencia del conflicto, pero entiende que el mismo se resuelve estableciendo cuál es la ubicación en que se encuentran los derechos fundamentales contrapuestos, lo que permitirá dar preeminencia a aquel que es más importante en el orden de los mismos; pero, la tesis ha sido rechazada porque legalmente hablando no existe tal orden jerárquico entre los derechos fundamentales y si se confiriera al juez tal potestad se correría el riesgo de que la elaboración de sus prioridades obedeciera a concepciones ideológicas. Finalmente, los constitucionalistas de hoy se inclinan

(20) Decisión de la Dirección General de Trabajo de Chile del 2001, citada por UGARTE CATALDO, José Luis. Ob. cit., p. 87.

(21) UGARTE CATALDO, José Luis. Ob. cit., p. 91.

mayoritariamente por el método de la **ponderación** como el mejor instrumento para solucionar las colisiones entre derechos fundamentales. Gracias a esta el juez valorará cuál de los dos derechos fundamentales en colisión tiene mayor peso y se impondrá y aplicará aquel que tenga mayor jerarquía valorativa.

Ahora bien, la **ponderación** no es un mecanismo especulativo o irracional del juez, quien para decidir si procede la restricción de un derecho fundamental del trabajador y conceder preeminencia al derecho fundamental del empleador, debe necesariamente indagar si esta restricción es idónea, necesaria y proporcional. **Idónea**, en el sentido de que la restricción autorizada permite alcanzar un fin legítimo, esto es, un interés de naturaleza constitucional; **necesaria**, en el entendido de que para lograr este fin legítimo no se encontró una alternativa menos gravosa que la de la restricción del derecho; y **proporcional**, que supondrá una comparación entre los derechos en conflicto para determinar si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Desde luego, la **ponderación** y la **proporcionalidad** son instrumentos para resolver cada caso en particular, sin que puedan erigirse en precedentes para ulteriores casos aparentemente similares. A una trabajadora se le violaría su derecho a la intimidad si el empleador le exigiera informar de su periodo menstrual, pero la restricción a este derecho sería admisible en el caso del área aséptica de un fabricante de inyectables. En la generalidad de los casos, el derecho a la intimidad se impondría, pues la importancia de tal información ni es idónea ni necesaria para justificar la restricción de tal derecho; en la excepción, es obvio que el derecho de propiedad prevalecería.

2. La jurisprudencia de los tribunales y las autoridades administrativas del trabajo

Como se trata de una materia tan poco trillada en el país, parece conveniente dar a conocer decisiones de tribunales y autoridades administrativas del trabajo de otros países de América Latina que han dado respuesta a esta colisión de derechos fundamentales entre el empresario y el trabajador.

En Chile, por ejemplo, se ha considerado que "el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes penales corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora[22]. Igualmente, se ha considerado una

(22) UGARTE CATALDO, José Luis. Ob. cit., p. 97.

medida no idónea e inconducente para el fin perseguido la exigencia de someter a los trabajadores a un detector de mentiras para determinar el consumo y tráfico de drogas al interior de la empresa(23).

El Tribunal Constitucional de Colombia estimó desproporcionado el cambio del turno laboral de una trabajadora, para que prestara servicios el día sábado, porque lesionaba su libertad religiosa, ya que su credo le impedía trabajar en ese día(24) e igualmente decidió que aunque la legislación del trabajo otorga al empleador la potestad de elaborar unilateralmente el reglamento interior de la empresa, en aquellas disposiciones que afecten directamente a los trabajadores, como son las escalas de sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, se debe escuchar a los trabajadores y abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación(25).

En Perú, su Tribunal Constitucional invalidó un despido por causa justificada porque el empleador no otorgó al trabajador, antes de cesarlo, el derecho constitucional de la defensa para presentar los cargos imputados; consideró como violatoria al derecho de objeción de conciencia la exigencia a un trabajador de que prestara sus servicios los sábados, día dedicado por su credo al culto de Dios; y estimó contrario a la intimidad que el empleador ingresara directamente a la computadora de un trabajador, proporcionada por la empresa, en la cual se enviaban mensajes pornográficos(26).

En España, su Tribunal Constitucional ha estimado como lesiva al derecho de su propia imagen por innecesaria, el despido de un trabajador que se ha negado a permitir la grabación y difusión por televisión de la forma de ejecutar su trabajo de corte y troce de jamones(27).

Nuestra Corte de Casación comienza a incursionar en la materia y en decisión de 2007 estimó que "el sometimiento a un trabajador de un detector de mentira (…) con la finalidad de procurar una demostración de su honestidad, constituye un acto afrentoso que atenta contra su dignidad, sobre todo cuando se hace en medio de una investigación policial sobre robos cometidos en la empresa en que este labora". Incluso, en su decisión, advierte que la vulneración al derecho fundamental de la honra no desaparece por el hecho de que el trabajador de su consentimiento a la acción(28). Un año después, el alto Tribunal sostiene que el respeto

(23) Ibídem, p. 101.

(24) Ídem.

(25) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina*. Ob. cit., p. 40.

(26) Ibídem, p. 37.

(27) UGARTE CATALDO, José Luis. Ob. cit., p. 103.

(28) Cas. 3ª 25 julio 2007, B.J. 1160, p. 1083.

a la intimidad y dignidad personal del trabajador es violentado cuando se le aísla del resto de sus compañeros, bajo el pretexto de realizar una investigación en torno a supuestas irregularidades que él ha cometido y someterlo a interrogatorios en un ambiente hostil con utilización de medios coercitivos para lograr la confesión de los hechos[29].

IV. CONCLUSIONES

Hasta hoy en el Derecho constitucional del trabajo de la República Dominicana ha predominado la corriente de principios del pasado siglo: la "laboralización" de la Constitución, o sea, el elevamiento a rango constitucional de determinados derechos específicos de los trabajadores, aunque ya en la reforma de 2010 se incluyen en la Carta sustantiva el derecho a la intimidad y a la dignidad personal del trabajador, que son derechos inherentes a toda persona humana. Mientras tanto, la empresa sigue siendo un dominio en donde rige como amo y señor el empleador, con todos sus poderes, sin que haya espacio para el ejercicio de los derechos subjetivos que como ciudadano corresponden al trabajador. Este, en la empresa dominicana, tan pronto traspasa su umbral deja de ser ciudadano, para sujetarse no solo a las órdenes en cuanto a su trabajo se refiere sino también a lo que disponga su empleador respecto a su persona. Es así como abundan en el parque empresarial dominicano la prohibición al trabajador de llevar el pelo largo, de mostrar tatuajes, de utilizar aretes; a la trabajadora de vestir pantalón o falda, llevar collares, pulseras o pendientes; de tener relaciones sentimentales con compañeros de trabajo; de someterse a requisa a la salida del establecimiento y sujetarse a la vigilancia electrónica. ¿Son estas medidas idóneas y necesarias para que el empresario pueda cumplir con los fines correspondientes a sus derechos fundamentales?

Hay, pues, un campo fértil y novedoso para que las nuevas generaciones de juslaboralistas con su estudio, entusiasmo y dedicación hagan avanzar el Derecho dominicano del trabajo en ese interesante escenario del trabajador en su condición de ciudadano, a quien por el hecho de prestar un servicio en una empresa no se le debería negar su derecho a la intimidad, a la privacidad y a la dignidad personal[30].

(29) Cas. 3ª 23 enero 2008, B.J. 1166, p. 868.

(30) En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha sostenido que el hecho de que la apariencia externa no sea del gusto del empleador es una causa que no justifica el despido: Cas.Soc. 1997. En España el Tribunal Constitucional afirma que el aspecto físico del trabajador es el primer elemento configurador de la intimidad: 99/1994.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y LAS PRÁCTICAS LABORALES

BEATRIZ ALVA HART

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha propiciado la "transfronterización" de las empresas entre otras razones, por el abaratamiento de las comunicaciones y el transporte que nos permite estar en diversas partes en tiempo real. Pero esta situación también evidencia graves desequilibrios.

En este pequeña revisión del rol que le corresponde jugar al empleador, en tanto empresario, respecto al desarrollo de una práctica socialmente responsable, intentamos reflexionar acerca de la especial mirada que debe tenerse respecto del público interno más allá de los reconocimientos que se puedan lograr por el trabajo realizado con *stakeholders* externos y de mayor visibilidad y *marketing.*

El empresariado como expresión de un sector importante de la sociedad, no es ajeno a esta realidad y por ello, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Podemos decir que lo "social" puede entenderse para estos efectos desde tres dimensiones: la primera, como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; la segunda, como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural" de tal manera que se pueda contar con un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales de cara a promover el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

II. ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Es en este marco que surge la responsabilidad social (en adelante, RS) con sus primeras manifestaciones a finales del siglo XIX, dado que se comprende que cada organización afecta y es afectada por el ambiente en el cual se desarrolla. Esta mutua relación (de beneficio o perjuicio) determina su conservación.

1. Niveles de manifestación de RS

Esa mirada ética de las empresas ha pasado por diferentes niveles de maduración, si podemos acuñar dicho término.

En efecto, las primeras manifestaciones de la RS las encontramos en **las acciones filantrópicas** que desarrollaban (y lamentablemente desarrollan aún) algunas organizaciones, y que pasan del reconocimiento de un compromiso ético individual, las acciones de caridad y asistencia a través de mecanismo de donación. Los resultados de este nivel primario de responsabilidad social los vemos principalmente en la no afectación de la organización, ausencia de garantía de impacto (estrechamente ligado a la sostenibilidad), y establece dependencia de las poblaciones atendidas.

En un nivel más avanzado encontramos a **la inversión social,** mediante la que una empresa canaliza sus recursos hacia las poblaciones objetivo, asegura imagen, reputación y confianza y genera en forma incipiente una visión articulada de empresa-comunidad. Los resultados que si bien son mejores a los que se obtienen con una actitud meramente filantrópica, no tienen carácter general, pues solo se beneficia a la comunidad objetivo y no a una colectividad mayor, restringiendo los beneficios a las comunidades de su interés, generando con ellas alianzas.

Finalmente, el nivel óptimo de la manifestación más desarrollada del real compromiso ético con el entorno y los grupos de interés, es la denominada **responsabilidad social,** que integra las dos anteriores, es decir, la filantropía y inversión social

La empresa entiende que debe abrirse a una visión integral de futuro y con un nuevo rol de participación con la sociedad y el país. En esa línea, emergen nuevas formas de organización, los denominados gobiernos corporativos, que promueven liderazgos internos.

Podemos decir, entonces, que desarrollar la actividad empresarial con responsabilidad social por parte de cada organización es un imperativo ético moral y social, pues es desde el cumplimiento de esta como se contribuye al fortalecimiento y/o recuperación del tejido social y a la construcción de capital social.

III. REGULACION DE LA RS

¿Existe o no una regulación que defina los alcances de la RS? Si bien esta debería ser un imperativo en la vida diaria, y a efectos del tema que nos ocupa, fluir en el "torrente sanguíneo" de una empresa, **no lo es obligatoria** y se somete finalmente a una decisión, a una toma de conciencia personal, individual.

Poco a poco se va dejando de lado comentarios que limitan una práctica socialmente responsable al simple cumplimiento de la ley. Es necesario distinguir entre el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que están sujetas a sanción legal con relación al tipo de actividad y la RS que es una práctica voluntaria que no es dependiente de la actividad empresarial y cuya omisión no genera sanción legal sino moral.

En esa línea, las empresas comprometidas vienen desarrollando en forma individual normas, códigos de conducta, guías, convenios, entre otros, orientadas a compensar los efectos negativos de la globalización, generando mejores condiciones laborales y conciencia, y mayor respeto por la vida y el ecosistema.

De hecho ya se cuenta con una norma técnica internacional Norma Internacional ISO 26000, que proporciona orientación sobre los principios que subyacen en la RS, las materias fundamentales y los asuntos que la conforman, así como las maneras de integrar un comportamiento socialmente responsable en las estrategias, sistemas, prácticas y procesos organizacionales existentes.

En nuestro país, dicha Norma Internacional ha pasado por un proceso de revisión ante Indecopi, luego del cual fue aprobada como la Norma Técnica Peruana NTP-ISO 26000:2010 - Guía de Responsabilidad Social del 29 de enero de 2011.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en el caso de Cordillera Escalera, mediante la STC Exp. Nº 03343-2007-PA afirmó que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

III. DEFINICIÓN DE RS

Pero qué entendemos por RS? ¿Cuál es el ámbito de aplicación?

Se han esbozado diferentes definiciones que posicionan a la empresa en el nuevo rol que le corresponde asumir en la sociedad. Así tenemos las consideraciones siguientes:

- Para BSR Bussiness for Social Responsability (Estados Unidos), responsabilidad social es una manera de administrar un negocio de forma que cumpla o sobrepase las expectativas éticas, legales, comerciales y públicas que tiene la sociedad de una empresa.

- WBCSD The World Bussiness Council on Sustainable Development (Suiza). Considera la responsabilidad social como un compromiso de los negocios para contribuir con el desarrollo económico sostenible por medio de la colaboración con sus empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad para lograr una mejor calidad de vida a largo plazo.

- PWBLF Prince of Wiles Bussiness Leadership Forum (Inglaterra). La responsabilidad social la define por las prácticas abiertas y transparentes basadas en valores éticos y en el respeto.

- Red Forum Empresa (de las Américas). La responsabilidad social es una nueva forma de hacer negocio, en la que la empresa gestiona sus operaciones en forma sustentable en lo económico, social y ambiental, reconociendo los intereses de los distintos públicos con los que se relaciona, como accionista, empleados, comunidad, proveedores, clientes, considerando el medio ambiente y el desarrollo sustentable de las generaciones futuras.

- Instituto Ethos de RSE (Brasil), la responsabilidad social es la forma de gestión definida por la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los cuales se relaciona, y por el establecimiento de metas empresariales compatibles con el desarrollo sustentable de la sociedad, preservando los recursos ambientales y culturales para las generaciones futuras, respetando la diversidad y promoviendo la reducción de las desigualdades sociales.

Sobre la base de las definiciones citadas, podemos afirmar que la RS es un principio esencial de "la nueva cultura de empresa". Una empresa es parte de un entorno social y como tal debe promover en él valores para el desarrollo del medio social y natural. Su competitividad parte de velar por el personal y sus clientes, adquirir compromisos frente a una gestión sostenible y sustentable que no comprometa los recursos naturales, minimizando el impacto ambiental y social negativo y apoyando el bienestar de la comunidad. La empresa al ser parte de la sociedad depende del bienestar de esta para subsistir.

IV. CARACTERÍSTICAS

En esa línea se puede considerar como características de la RS las siguientes:

a) La generación de relaciones basadas en la ética. Y en el tema de las relaciones laborales reviste especial importancia. Coincidiendo con Oscar Ermida, "las relaciones laborales son vínculos que suponen una ética y que funcionan de acuerdo a ella o la contradicen. De ahí la importancia de la ya adelantada afirmación de Soros en el sentido de que la emergencia de una sustitución de relaciones por transacciones, que en términos laborales podría ser presentada como la sustitución de la relación de trabajo por el mercado de trabajo, supone un vaciamiento ético de las relaciones laborales, del mismo modo

que su precarización, si se atiende a la ya adelantada vinculación de la estabilidad con la moral".

b) Compromiso con los públicos relacionados o *stakeholders*, en tanto la necesidad de supervivencia de una empresa con su entorno.

c) Establecimiento de metas empresariales compatibles con el desarrollo sostenible.

d) Preservación de recursos ambientales y culturales para las futuras generaciones (conocimiento tradicional e innovaciones locales, lenguas, creencias, costumbres y relaciones locales)

e) Respeto por la diversidad, sobre todo en nuestro país que tiene tanta riqueza cultural y lingüística.

f) Reducción de las desigualdades sociales

V. DISEÑANDO EL PERFIL DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN UNA EMPRESA

Implementar un programa o plan de acción social requiere el compromiso de toda la empresa, principalmente la participación de la alta dirección de la empresa, que permita luego de la comprensión y la adopción de la decisión política correspondiente, desarrollar la política de Responsabilidad Social Empresarial a todos los niveles tanto internos como externos.

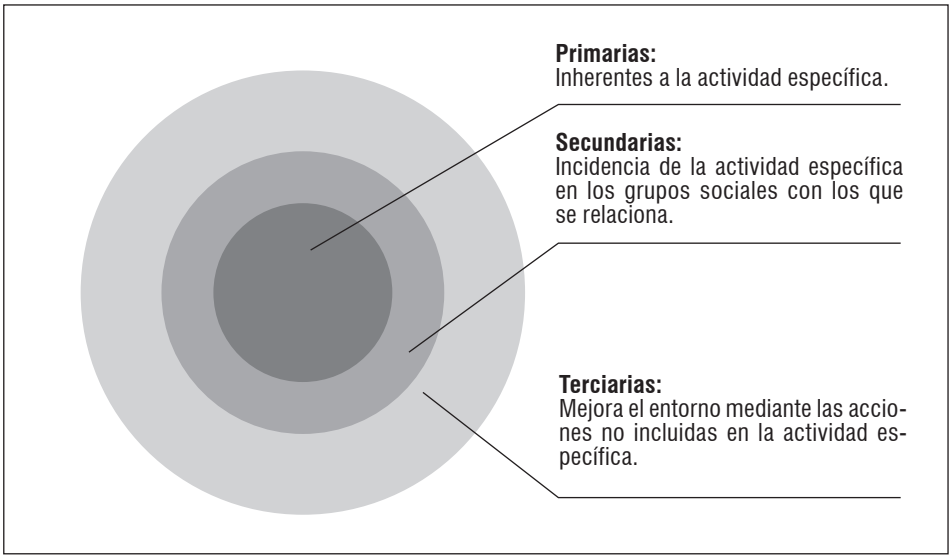
Para tal efecto, se debe realizar una toma de conciencia inicial a través de un análisis de situación y la definición de unos principios estratégicos comprendidos en la misión y visión de la empresa. Al mismo tiempo, la actuación personal de la dirección en este campo debe ser prudente ya que debe concretar el contenido de cada responsabilidad de acuerdo con las circunstancias concretas y armonizar posibles conflictos entre responsabilidades primarias.

Para tal efecto, resulta importante que se aplique una valoración de las alternativas existentes para poner en práctica determinadas responsabilidades primarias, secundarias y terciarias, considerando las expectativas que las mismas generan en los grupos afectados.

Finalmente, se tendrá que promover la puesta en práctica de cada responsabilidad del modo más adecuado, en el lugar y tiempo oportunos.

Cabe señalar que la concreción de las responsabilidades empresariales corresponde a quien debe tomar la decisión, y ha de forjarse en los principios éticos, institucionales y organizativos, con la prudencia directiva necesaria que incluye escuchar a los demás y pedir asesoramiento a profesionales expertos y honestos cuando se requiera.

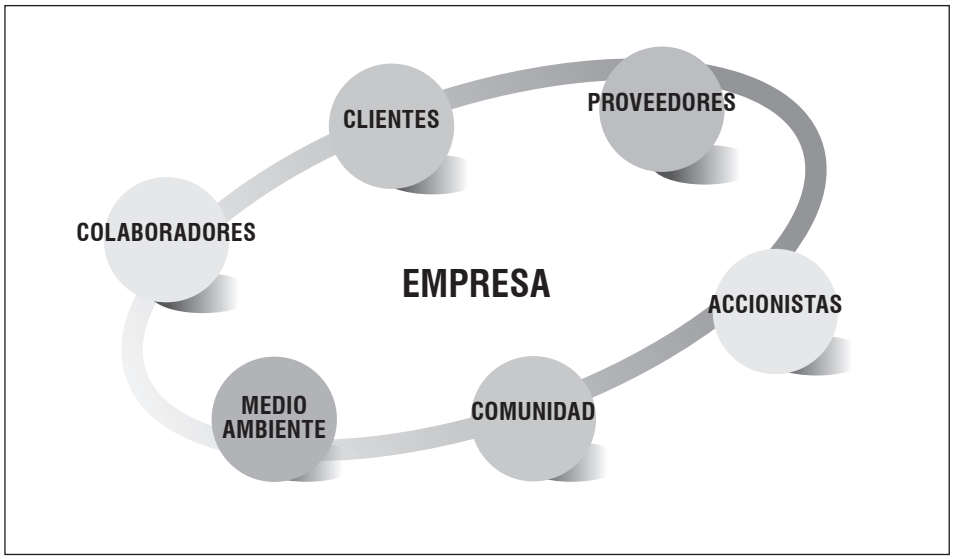
Para ilustrar el ámbito al que se puede extender la Responsabilidad Social Empresarial, se plantea el siguiente esquema:



a) Identificación de los públicos de interés o *stakeholders*

La definición de los contenidos de los principios y consecuentes acciones para desarrollar una práctica empresarial socialmente responsable, parte de la necesaria identificación de los llamados *stakeholders*, esto es, los grupos de interés que conviven con la organización y de cuyo adecuado relacionamiento depende su subsistencia.

Para una empresa los *stakeholders* se podrían graficar en el siguiente esquema:



Cada público de interés es diferente, con necesidades y objetivos distintos. De allí que el tratamiento y relacionamiento con cada uno de ellos es singular y aun cuando coinciden en algunos aspectos, no es recomendable aplicar recetas preconcebidas.

b) Objetivos concretos para la implementación del diseño

En términos generales y atendiendo a los *stakeholders* que en forma transversal se pueden identificar para una empresa, cualquiera sea su origen, podemos señalar que los objetivos son los siguientes:

- Buenas prácticas de gobierno corporativo, que se caractericen por políticas y acciones empresariales que se sustenten en valores, transparencia y prácticas anticorrupción, que fluyan por toda la empresa, desde los niveles directivos hasta los operativos elementales pero igualmente valiosos en estos cometidos.

  En ese sentido, las decisiones empresariales deberán sustentarse en los siguientes conceptos:

  • Auto regulación de la conducta:

    - Compromisos éticos asumidos que deben reflejarse en normas internas como los códigos o normas de ética, que se elaborarán de acuerdo a la especificidad de cada empresa.

- Penetración en la cultura organizacional, o también denominada vigilancia social, de tal manera que se pueda monitorear la toma de consciencia de los diferentes niveles de la organización.

• Relacionarse con transparencia con la sociedad:

- Diálogo con los *stakeholders*, que implica generar espacios de diálogos, promoción de actividades participativas.

- Relación con los competidores, estimular alianzas de cara a la estandarización de prácticas responsables, cuando no, eliminando la priorización del costo sobre el cumplimiento de la política de responsabilidad social y sus acciones.

- Balance social, que implica el monitoreo o medición de los avances y acciones de mejora y que será el resultado de la participación de los actores involucrados directa o indirectamente en las acciones y resultados de la organización.

• Cumplimiento por encima de lo establecido en normas y procedimientos

- Estrategia empresarial integral: objetivos económicos, sociales y ambientales, la denominada triple Bottom Line, sustentados en el espíritu de RSE y que en consonancia con el punto anterior, debe estar interiorizada no solo en las prácticas externas sino también las internas, que contribuirán a generar el nivel de compromiso que la empresa busca promover y concretar.

- Preservación de los recursos ambientales: aire, agua, suelo, fauna, flora (biodiversidad), como una política integral, campañas de sensibilización con los colaboradores y proveedores y promover cuando no participar en campañas con la comunidad para generar conciencia ambiental.

- Preservación de los recursos culturales: conocimiento tradicional, innovaciones locales, lenguas, creencias, costumbres y relaciones locales, promoviendo la identidad cultural a todo nivel.

- Respeto a la diversidad de razas, religiones, sexo, cultura, habilidades diferenciadas, entre otros aspectos.

- Reducción de las desigualdades sociales: equidad de género, acceso a oportunidades de trabajo, de educación y salud, abolición del trabajo esclavo e infantil, que son los tópicos en los que están directamente relacionados a las prácticas laborales.

c) Responsabilidad social y el público interno: los trabajadores

Cuando hablamos de los trabajadores y la responsabilidad social, consideramos necesario analizar, entre los diferentes principios que sustentan el contrato de trabajo, a la buena fe laboral en sus dos manifestaciones: fidelidad y lealtad. Fidelidad que implica el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales y lealtad que implica el cuidado de los intereses del otro.

Por lo general, estas acepciones se aplican de manera irrestricta a los trabajadores y, de manera parcial, a los empleadores a quienes se les exigen principalmente el tema de la fidelidad, que además es fiscalizable por el estado y tiene, por lo tanto, consecuencias directas por el incumplimiento.

Y, precisamente, este punto resulta de especial importancia cuando hablamos de responsabilidad social del lado del empleador. Hasta qué punto el empleador se preocupa de los intereses del trabajador en tanto ser humano, en tanto parte de un núcleo familiar.

Hasta qué punto, el empleador en tanto empresario, prevé que los trabajadores de sus proveedores tengas los derechos mínimos establecidos por ley.

En esa línea es importante tener en cuenta que se revisen y apliquen los siguientes temas:

- Diálogo y participación, que implica desarrollo de una relación de cooperación con los trabajadores en forma individual y con sus organizaciones, sean Sindicatos u otra forma institucional (asociaciones con fines deportivos, sociales)

- Gestión participativa, es decir, considerar al trabajador como actor en las diferentes acciones y decisiones que puedan implementarse en la empresa. Es cierto que por imperio de la facultad directriz el empleador puede implementar cambios, introducir mejoras en las políticas y prácticas de la empresa, pero si en estas se comprende al trabajador, en tanto receptor primario de los cambios, cuanto mejor. Los cambios impuestos no son bien recibidos; los cambios participativos aun cuando no necesariamente aceptados, tienen mejores resultados.

- Compromiso con el futuro de los niños, con políticas socialmente sostenibles y que comprendan como primer actor a los hijos de los trabajadores.

- Valoración a la diversidad, que comprende principalmente el respeto a la cultura e idiosincrasia del otro; encontrar el punto de equilibrio entre los objetivos empresariales y la realidad del entorno.

Sin perjuicio de la necesaria revisión de los derechos comprendidos en el postulado de "Trabajo decente" y cuyo cumplimiento puede ser medido aplicando la Norma Internacional SA 8000 referida a las mejoras de las condiciones de trabajo alrededor del mundo y que constituye la primera norma internacional para realizar auditorías con respecto a los derechos de los/las trabajadores, consideramos importante revisar brevemente algunas manifestaciones de verdaderas acciones de responsabilidad social en las prácticas laborales que van desde condiciones directamente vinculados al contrato de trabajo hasta el entendimiento de atender requerimientos del trabajador en tanto miembro de una familia:

1. Uso ilimitado de contratos de trabajo temporales, con el riesgo de generar trabajo precario;

2. Uso excesivo de horas extras, al extremos de configurar la jornada de trabajo con horas extras fijas y permanentes sin evaluar los niveles de agotamiento y estrés al que se lleva a los trabajadores.

3. Modificaciones no participativas, inopinadas de las condiciones de trabajo: horario y jornada de trabajo, frecuencia del pago de las remuneraciones, lugares de trabajo, entre otros.

4. Diseño de los puestos de trabajo para que sean adecuados a los trabajadores y no viceversa

5. Establecer un adecuado programa de capacitación anual que no solo esté referido a elevar los niveles técnicos del trabajador para cubrir los requerimientos de la empresa, sino a buscar capacitaciones que permitan las mejoras del trabajador como parte de una sociedad, de una familia, como ser humano en temas que siendo ajenos a la actividad empresarial lo enriquezcan como persona.

6. Condiciones de trabajo adecuadas, que contemplen y respeten la dignidad del trabajador, su diversidad.

7. Diseño de alternativas de trabajo que respeten las responsabilidades familiares que no sean medidas únicamente respecto a los costos que estas puedan producir, sino con relación a la repercusión positiva que la promoción del estado de bienestar del trabajador y su familia van a generar en beneficio de ellos y de la empresa misma.

En atención a las ideas esbozadas en estas líneas, esperamos generar una reflexión seria y consciente de la prioridad que realmente le otorgamos a los trabajadores en las políticas y acciones de las empresas. Realmente son una prioridad, seres humanos con intereses y preocupaciones propias o solamente un código con la única obligación de cumplir las metas trazadas para obtener los objetivos empresariales de la empresa sin importar el costo, dado que además, la situación laboral es invisible y ajena al exterior.

Nuestro país está encaminado a un crecimiento sostenido y como peruanos estamos en la coyuntura adecuada para promover la real conversión del empresario nacional, con políticas de responsabilidad social reales y creíbles por cada uno de sus estamentos, y de la sociedad con la que interactúa y de la que al final de cuentas depende.

LA REBELDÍA EN EL PROCESO LABORAL

VICTORIA AMPUERO DE FUERTES

INTRODUCCIÓN

En este merecido homenaje póstumo que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social brinda al jurista, maestro y amigo Dr. Mario Pasco Cosmópolis que a través de su trayectoria jurídica ha traspasado las fronteras de nuestro país, participando en eventos mundiales sobre la especialidad que ha calado muy profundo en su persona que es el Derecho del Trabajo en sus diversas disciplinas, sobre todo a sus alumnos en las aulas universitarias; quiero hacerme presente participando en la presente edición, con el tema "La rebeldía" que implica que tanto demandante como demandado no comparecen, pese haber sido notificados.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo no menciona sobre la rebeldía como en las diversas normas procesales anteriores que nos remiten vía supletoria el Código de Procedimientos Civiles y al actual Código Procesal Civil.

I. DEFINICIÓN DE REBELDÍA

El tratadista Juan Verger Grau[1] señala que la rebeldía ha sido entendida de distintas formas a lo largo de la historia. La Ley de las XII Tablas da cuenta de la institución entendiéndola como la desobediencia del demandado por no acudir a

(1) VERGER GRAU, Juan. "La rebeldía en el proceso civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Tomo II, Lima, 1998.

la citación que efectuaba el magistrado. Si no se apersonaba, se llamaban testigos y se le aprehendía y así era conducido ante el magistrado. Posteriormente se consideró como una obligación, por lo que si no comparecía y contestaba la demanda debía purgar la rebeldía pagando una multa.

Modernamente ya no es considerada como una desobediencia, sino como una carga. Como tal es una facultad de la parte en aras de una mejor defensa, pero de incurrir en rebeldía le ocasionará desventajas procesales.

En nuestra legislación procesal se entiende la rebeldía: "Como la situación procesal que incurre el demandado cuando no comparezca en la fecha señalada en la citación".

II. ANTECEDENTES

Antes del Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936 que fue la primera norma procesal laboral, los procesos se tramitaban de acuerdo a las normas del Código de Procedimientos Civiles de 1912 que en su artículo 325 señalaba: "Si el demandado no contesta la demanda en el término fijado, el juez a petición de parte, dará por absuelto el trámite y mandará seguir la causa en rebeldía. En este caso, solamente se notificarán al demandado: el auto que manda seguir el juicio en rebeldía, el de prueba sobre lo principal, la citación para sentencia y el auto en que se requiere al demandado para que la cumpla"[(2)].

Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936, norma procesal laboral aplicable exclusivamente para obreros en el Capítulo referente a Prueba - Rebeldía - Impulso oficial - Apelación y otras normas de procedimiento señala en su

> Artículo 82.- "Si el demandado no concurre al comparendo a que se refiere el artículo 72, se le hará una segunda notificación, bajo apercibimiento de seguir la reclamación en rebeldía".
>
> Artículo 83.- "Declarada la rebeldía el (Jefe de la sección del Trabajo) Juez Privativo solo notificará al rebelde el auto que la declara y el que manda citar para resolución". Jurisprudencia del Tribunal de Trabajo de 09/10/1951. "Es nulo lo actuado cuando se ha omitido

(2) RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge. *Codificación de la legislación del Trabajo y de previsión social del Perú*. Año 1963.

expedir el auto que declara la rebeldía del demandado y el que manda citar para la resolución de la causa.

Artículo 84.- "Puede el rebelde salir a juicio abonando una multa de S/. 20.00 bajo responsabilidad del Juez Privativo. El rebelde acreditará el pago de la multa mediante la entrega del certificado respectivo de la Caja de Depósitos y Consignaciones en Lima y en provincias.

Artículo 85.- "Si el rebelde no ha salido a juicio se tendrán por cierto los hechos afirmados por el reclamante en su recurso de demanda"[3].

Decreto Supremo Nº 007-71-TR del 30 de noviembre de 1971, en su artículo 26 señalaba en el rubro de comparendo: "(…) Si no concurriese el demandado o su representante se le seguirá el proceso en rebeldía y a pedido del demandante el juez en el mismo acto hará efectivo el apercibimiento mandando tener por ciertos los hechos expresados en la demanda"[4].

Decreto Supremo Nº 003-80-TR del 26 de marzo de 1980, en su artículo 21 indicaba: "Recibida la demanda se citará a comparendo por una sola vez, bajo apercibimiento de seguirse el procedimiento en rebeldía del demandado y de tenerse por cierto los hechos expuestos en la demanda, si aquel no concurriese o si concurriese, no presentase el escrito de contestación a la demanda (...)". En su artículo 26 "(...) Si no concurriese al comparendo el demandado o su representante nombrado por poder especial se le seguirá el procedimiento en rebeldía y el juez en el mismo acto, hará efectivo el apercibimiento mandando tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda, dándole por confeso y por reconocidos los documentos, si ambas pruebas hubiesen sido ofrecidos. El demandado podrá, sin embargo, purgar la rebeldía hasta antes de la fecha del decreto que manda traer los autos para sentencia, pagando una multa equivalente al 20 % del sueldo mensual mínimo vital urbano de la provincia de Lima. En tal caso, con el escrito en que salga a juicio, solo se admitirán como pruebas la presentación de planillas, boletas de pago y otros documentos que puedan acreditar el pago de las sumas reclamadas en la demanda, o los hechos que invocan (...)"[5].

Ley Nº 26636 del 21 de junio de 1996, en su artículo 24 determinaba: "Rebeldía.- Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no lo

(3) GONZALES ROSALES, Guillermo y ELIAS APARICIO, Ricardo. *Doctrina y legislación del trabajo en el Perú.* Tomo III, año 1974.

(4) MILIAN CARRASCO, César. "*El procedimiento laboral en el fuero privativo de trabajo.* Perú 1984.

(5) ELÍAS MANTERO, Fernando. "La rebeldía en la nueva ley procesal del trabajo". En: *Actualidad Laboral.* Noviembre de 2012.

hace, incurre en rebeldía. Esta declaración causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que habiendo varios emplazados en forma solidaria alguno conteste la demanda o cuando el juez declare en resolución motivada que no le producen convicción. El rebelde puede incorporarse al procedo para continuar con este en el estado en que se encuentre, pagando una multa equivalente a dos (2) URP.

Ley Nº 29497 del 13 de enero de 2010, nueva Ley Procesal de Trabajo implementada en 18 Cortes Superiores del país, en su artículo 43 inciso. Señala: "(…) Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. También incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, no conteste la demanda o el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar. El rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos".

III. COMENTARIO A LAS DISPOSICIONES ALUDIDAS

1. Podemos apreciar que el procedimiento laboral desde sus inicios ha venido aplicando vía supletoria el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993.

2. El proceso laboral en el Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936, Decreto Supremo Nº 007-71-TR y Decreto Supremo Nº 03-80-TR, apreciamos la aplicación del Código de Procedimientos Civiles presentándose en cuanto al demandado los siguientes casos:

   a) Que no concurra el demandado o sus representantes a petición del demandante se ordenaba se tenga el procedimiento en rebeldía.

   b) Que concurra el demandado o su representante, sin su contestación escrita de la demanda. Igualmente a petición de parte se tenía por contestada la demanda en rebeldía del demandado, se hacía efectivo los apercibimientos decretados y se ordenaba la actuación de las pruebas ofrecidas por el demandante.

   c) Que concurra el apoderado del demandado con poder insuficiente, igualmente se tenía por no contestada la demanda, se ordenaba seguir el juicio en su rebeldía, y hacer efectivo los apercibimientos decretados en el admisorio.

3. El Decreto Supremo Nº 003-80-TR, en el trámite de los procesos laborales se pretendió dar mayor celeridad y eficacia.

4. La Constitución de 1979 cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1980, cuando ya se encontraba vigente el Decreto Supremo Nº 03-80-TR, reservándose en forma exclusiva a los juzgados y tribunales la potestad de administrar justicia, exceptuadas la arbitral y la militar.

5. **En cambio la Ley Nº 26636** del 21 de Junio de 1996 se remite en vía supletoria al Código Procesal Civil expedida por Decreto Legislativo Nº 768 de fecha 4 de marzo de 1992. Decreto Ley Nº 25940 del 10 de diciembre de 1992 se modificó el Código Procesal Civil y dispone la publicación del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS promulgado el 8 de enero de 1993 y publicada en *El Peruano* el 23 de abril de 1993.

Sobre la rebeldía el Código Procesal Civil señala: Presupuesto para la declaración de rebeldía (art. 458); notificación de la rebeldía (art. 459), proceso y rebeldía (art. 460), efecto de la declaración de rebeldía (art. 461), Ingreso del rebelde al proceso (art. 462), rebeldía y medidas cautelares (art. 463) y costas y costos de la rebeldía (art. 464).

6. **Ley Nº 29497**, mantiene la rebeldía siguiendo al Código Procesal Civil, es decir, el rebelde ya no está obligado a pagar una multa para ingresar al proceso y señala en el punto 1) del artículo 43 tres hechos:

   a) La inasistencia del demandado

   b) No contestar la demanda

   c) No concurrir a la audiencia con poderes suficientes para conciliar.

IV. REGLAS QUE REGULAN LA REBELDÍA

El doctor Fernando Elías Mantero señala que para la declaración de rebeldía está sujeta a algunas reglas:

1. Solamente se incurre en rebeldía en las situaciones expresamente señaladas en la ley:

2. La rebeldía se establece en función del tipo de proceso: la NLPT establece determinadas causas de rebeldía en el proceso ordinario laboral y otras en el proceso abreviado laboral.

   - En el proceso ordinario laboral se produce la rebeldía por inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación y la no entrega de la contestación de la demanda en dicha ocasión y como consecuencia de fracaso de la conciliación.

   - La rebeldía se produce de manera automática, sin que sea necesaria una resolución judicial declarándola, lo que si se producía tanto en el Código Procesal Civil, Código de Procedimientos Civiles y la Ley Nº 26636.

3. La rebeldía en el proceso abreviado laboral se da automáticamente por no contestar la demanda dentro del término de diez días señalado en la ley.

V. EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

Como la NLPT, no señala, vía supletoria se aplicará el Código Procesal Civil, artículo 461, que a la letra dice: "La declaración de rebeldía causa presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda (…)". En este caso el juez laboral analizará si existe duda acerca de la verdad de los hechos contenidos en la demanda, e investiga si la prueba confirma dicha verdad, en caso contrario declarara infundada la demanda.

VI. COMPARECENCIA DEL DEMANDADO REBELDE AL PROCESO

La NLPT en el punto 1 del artículo 43 señala que el rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos, es decir, para ingresar no es necesario pagar suma alguna, lo puede hacer, pero sin posibilidad de alegar hechos, únicamente le quedaría apelar de la sentencia y plantear los fundamentos que crea por conveniente respecto a la sentencia y no propios de la contestación a la demanda.

VII. PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL

En setiembre de 2012 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Laboral con sede en la ciudad de Lima, con la participación de los Jueces Superiores de las Cortes del Callao, Lima Norte, Lima, Piura, Junín, Cusco y Amazonas.

Entre los temas planteados en el Nº 2, se trató sobre "La Contestación de la demanda y la rebeldía automática en la Nueva Ley Procesal de Trabajo" y la pregunta para iniciar las ponencias fue: ¿En un proceso ordinario laboral, si se declara en rebeldía automática al representante o apoderado del demandado por no tener poderes suficientes para conciliar, puede contestar la demanda?

En el debate existieron dos ponencias:

1. El demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar si puede contestar la demanda.

2. El demandado que incurre en rebeldía automática en la etapa de conciliación no puede contestar la demanda.

Luego de los debates los siete grupos por mayoría manifestaron que: "El demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar sí puede contestar la demanda por lo siguiente:

- Por el derecho de defensa y contradicción constitucionalmente es irrestricta y no puede negarse dicho derecho por la fórmula de la rebeldía. Del mismo modo, la forma procesal no puede estar por encima del derecho sustantivo, además porque la conclusión es facultativa y porque la etapa de conciliación y de contestación de demanda son independientes.

- Por el principio de derecho de defensa, este no puede limitarse a una situación formal como es la declaratoria de rebeldía.

- Si puede contestar la demanda en resguardo al derecho fundamental a la defensa consagrada en la Constitución.

- Porque prima sus derechos constitucionales de contradicción y defensa.

- Si puede contestar la demanda, pues el artículo 37 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

Conclusión plenaria

Por mayoría el pleno adoptó por la primera ponencia que enuncia lo siguiente: "El demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar si puede contestar la demanda".

VIII. III ENCUENTRO JURISDICCIONAL DE JUECES QUE IMPLEMENTAN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO A NIVEL DE LAS CORTES SUPERIORES

En la ciudad de Arequipa el 5 de diciembre de 2013 se llevó a cabo el III Encuentro Jurisdiccional de Jueces que implementan la Nueva Ley Procesal del Trabajo, con la participación de Jueces Superiores, Juez Especializado y Juez de Paz Letrado de las Cortes Superiores de Arequipa, Cajamarca, Callao, Cusco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Lima Norte, Lima Sur, Moquegua, Tacna, Santa, y como Cortes Superiores invitadas Áncash, Huánuco, Loreto, Piura y Sullana.

Entre los temas a debatir en el Nº 5 se propuso "Los efectos de la declaración de rebeldía en el nuevo proceso laboral".

En el debate hubo dos ponencias:

1. El demandado que concurre a la audiencia de conciliación sin facultades para conciliar incurre en rebeldía automática, por lo tanto, es aplicable la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda y procede el juzgamiento anticipado.

2. El demandado que concurre a la audiencia de conciliación sin facultades para conciliar incurre en rebeldía automática, pero puede presentar contestación de demanda, por lo tanto, no es aplicable la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda ni procede el juzgamiento anticipado.

Conclusión plenaria

Luego de los debates se acordó por mayoría: "El demandado que concurre a la audiencia de conciliación sin facultades para conciliar incurre en rebeldía automática, pero puede presentar contestación de demanda, por lo tanto, no es aplicable la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda ni procede el juzgamiento anticipado".

IX. II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

El 8 y 9 de mayo de 2014 se reunieron los Jueces Supremos integrantes de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera Sala Constitucional y Social Transitoria y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

Entre los temas a debatir el Tema 6 "Plazos para interponer recursos impugnatorios: notificación y rebeldía.

La primera pregunta para el debate: **¿En qué casos se debe declarar la rebeldía en los procesos laborales sujetos a la NLPT?**

El Pleno acordó: El demandado será declarado rebelde automáticamente si incurre en cualquiera de los supuestos contemplados en el numeral 1 del artículo 43 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, esto es:

1. No asistir a la audiencia de conciliación (incomparecencia en sentido estricto);

2. No contar con poderes suficientes para conciliar; y

3. No contestar la demanda.

La segunda pregunta para el debate**: ¿La parte rebelde puede incorporar al proceso contestando la demanda en los casos de rebeldía por falta de facultades para la conciliación?**

El Pleno acordó por mayoría absoluta: "El demandado declarado rebelde sí puede contestar la demanda: ya que se debe diferenciar este acto del hecho de comparecer, además de privilegiar el derecho de defensa, el principio de contradicción y el principio de veracidad, en tutela del derecho al debido proceso".

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. De acuerdo al II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y III Encuentro Jurisdiccional de Jueces que implementan la Nueva Ley Procesal del Trabajo a Nivel de Cortes Superiores, no existe discrepancias en las resoluciones expedidas por los

Magistrados Superiores, Jueces Especializados y Jueces de Paz Letrados referente a que el demandado que incurre en rebeldía automática por no tener facultades suficientes para conciliar sí puede contestar la demanda.

2. Los Magistrados Supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema al resolver los expedientes en casación, deben emitir fallos que sean precedentes vinculantes a fin de que no haya discrepancias entre los Jueces Superiores, Especializados y de Paz Letrado, sobre todo en el tema de la rebeldía, ya que como las normas procesales anteriores señalaban expresamente sobre la rebeldía de las partes.

3. No existiendo precedentes resueltos sobre la inconcurrencia del demandado o sus representantes a la audiencia de actuación de medios probatorios daría lugar a la situación de rebelde, a mi criterio no sería rebelde, dado que ha presentado su contestación a la demanda con las pruebas respectivas, por lo tanto, se procede a su actuación.

4. Los Jueces Superiores, Especializados y Jueces de Paz Letrados en casos de rebeldía en la Audiencia de Conciliación, deben tener en cuenta el principio de derecho fundamental a la defensa consagrada en la constitución, no solo para el demandado sino también para el demandante.

NATURALEZA, ROL Y DIFICULTADES DEL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Para contribuir a la solución del conflicto colectivo económico en qué consiste la negociación colectiva, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Estos son, básicamente, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Los dos primeros, son mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución se mantiene en manos de las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, ambos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso a elaborar y someter a consideración de las partes fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un típico mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes someten a un tercero, ajeno y neutral, el diferendo para que lo resuelva. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de "solución", definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

I. ARBITRAJE ¿VOLUNTARIO O POTESTATIVO?

1. El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

El Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[1] (en adelante, TUO-LRCT), establece el arbitraje como el último de los mecanismos previstos para la solución de los conflictos laborales de carácter económico que se expresan en la negociación colectiva. Las normas que regulan el sometimiento del conflicto al arbitraje están recogidas en sus artículos 61, 62 y 63, cuyo texto es el siguiente:

> "Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.
>
> Artículo 62.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73 (...).
>
> Artículo 63.- Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador".

A su vez, desarrollando las normas de la ley, su Reglamento[2], dispone lo siguiente:

> Artículo 46.- Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de la las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho a huelga, de conformidad con el artículo 62 de la ley (...)
>
> Artículo 47.- En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje requiriéndose la aceptación escrita de este. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en

(1) Aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

(2) En rigor se trata del reglamento de la primigenia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR, el cual no ha sido actualizado tras la modificación de esta ley por la Ley Nº 27912, la cual dio origen al TUO de aquella ley, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga".

Del enunciado de estas normas, se advierte que una de las características más relevantes del arbitraje previsto para la solución de las negociaciones colectivas reside en el hecho de que se plantea como una opción excluyente respecto del derecho de huelga, al cual, también –pero alternativamente–, pueden recurrir los trabajadores. En este sentido, corresponde a estos elegir entre la huelga o el arbitraje cual es la vía más eficaz para resolver el conflicto.

Esta opción es plenamente concordante con la Constitución, pues la huelga es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 28 de aquella, por lo que –la eventual– opción de los trabajadores por esta representa el ejercicio legítimo de un derecho que merece tutela en nuestro ordenamiento jurídico.

Por esta razón, no puede imponerse a los trabajadores el arbitraje como única solución del conflicto colectivo, excluyendo el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, es obvio, que la huelga no forma parte del elenco de "soluciones pacíficas" del conflicto laboral a que se refiere el numeral 2 del precitado precepto constitucional, en la medida que significa la agudización y radicalización del conflicto laboral, situación esta que, precisamente, se quiere evitar al ofrecer a los trabajadores la posibilidad de someter el diferendo a una autoridad imparcial que pueda establecer una solución justa del mismo. En forma alguna resulta posible interpretar, por consiguiente que cuando el artículo 28.2 de la Constitución establece que el Estado **"promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales"**, ello significa que también debe promover la huelga.

De optar los trabajadores por la huelga ya no podrán, en principio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63 del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción varían de criterio y desean someter el conflicto al arbitraje, esta decisión –la de recurrir al arbitraje– requiere la aceptación del empleador, pues se reconoce a este el derecho de negarse. En esta hipótesis, –es decir, en la del desistimiento de la huelga para optar por el arbitraje– la ley exige la expresión de la voluntad concurrente del empleador, por lo que no bastará que los trabajadores se desistan de la huelga y pidan el arbitraje para que este tenga lugar, sin la anuencia del empleador.

2. El carácter potestativo del arbitraje en materia de negociación colectiva

No cabe duda de que las normas legales y reglamentarias antes citadas reconocen el derecho de cualquiera de las partes a someter el diferendo al arbitraje, salvo que los trabajadores decidan ejercer el derecho de huelga, en cuyo caso esta decisión, por implicar el ejercicio de un derecho fundamental, excluye el arbitraje.

Este arbitraje es distinto, por consiguiente, del arbitraje "civil o comercial", e incluso del previsto en el Derecho Laboral para la solución de los "conflictos jurídicos", –al que se refiere la Sexta Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497)–, el cual requiere el acuerdo de partes. En cambio, en la negociación colectiva, el arbitraje –salvo el previsto en el artículo 63– no es "voluntario" sino "potestativo", lo que significa que basta que una sola de las partes lo solicite para que la otra quede vinculada a él.

Esta conclusión fluye, sin dificultad, no solo del enunciado contenido en los precitados artículos 61 del TUO-LRCT y 46 de su Reglamento, sino, también, del contenido en el artículo 63 del TUO-LRCT que, *ad pedem litterae*, dice lo siguiente: "Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador".

Si bien, el artículo 61 del TUO-LRCT dice que "podrán las partes someter el diferendo al arbitraje", este precepto no puede interpretarse aisladamente sino en relación sistemática con los demás de la misma ley que se refieren al arbitraje. En este sentido, es importante lo que establece el artículo 63, conforme al cual si los trabajadores desisten de la huelga y proponen someter el conflicto al arbitraje, en este caso, se requiere la aceptación del empleador, lo que significa que este puede rechazarlo[3]. Cabe precisar que este es el único supuesto, contemplado en la normativa laboral, en que el empleador puede negarse, válidamente, a someter el diferendo a arbitraje, ya que el artículo 63 del TUO-LRCT señala que, en este caso, "se requerirá la aceptación del empleador", requisito que no se plantea en el caso previsto en el artículo 61 Por consiguiente, a contrario sensu, lo señalado en el artículo 63 del TUO-LRCT, permite concluir que en el caso del artículo 61, –esto es cuando los trabajadores optan por el arbitraje, descartando la huelga– la aceptación del empleador, no es un requisito para que se someta la negociación a arbitraje, cuando la parte sindical lo ha solicitado.

También es necesario puntualizar que en tanto el artículo 61 del TUO-LRCT, indica que las partes pueden "someter" el diferendo al arbitraje, el artículo 63 señala que los trabajadores –que se desisten de la huelga– pueden "proponer el sometimiento del diferendo al arbitraje". La diferencia lingüística y conceptual es clara: en el primer caso se trata del ejercicio de una "potestad", mientras que en el segundo se trata de una mera "propuesta" o "solicitud", porque se requiere la aceptación del empleador a esta para que la controversia quede sometida al arbitraje.

(3) Conforme al artículo 47 del reglamento se entiende que el empleador ha aceptado tácitamente someterse al arbitraje si en el plazo de tres (3) días hábiles de recibida la propuesta de los trabajadores no formula una respuesta por escrito.

Esta interpretación es coherente y sólida, pues si el supuesto del artículo 61 fuera el del arbitraje "voluntario", siendo, por lo tanto, requisito la aceptación del empleador en caso de haberlo solicitado los trabajadores, entonces la frase final del artículo 63 que reza "en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador" no tendría objeto, pues, conforme al artículo 61 en cualquier caso –y no solo cuando los trabajadores se desisten de la huelga para proponer el arbitraje- dicha aceptación sería necesaria. Precisamente porque el artículo 61 se basa en el supuesto de que cualquiera de las partes puede someter el conflicto al arbitraje –no siendo necesaria la aceptación del empleador si los trabajadores optaron por él en lugar de la huelga–, es que el artículo 63 precisa que, en la hipótesis opuesta, es decir, cuando los trabajadores optaron por la huelga pero, luego, se desisten de ella y proponen el arbitraje, la aceptación del empleador es requisito indispensable para someter el diferendo al arbitraje.

La interpretación opuesta implicaría dejar en manos del empleador decidir, en todos los casos, si procede o no el arbitraje, lo cual en el supuesto de que dicha decisión fuera negativa, tendría el efecto de inducir a los sindicatos, a declarar huelgas, lo que, obviamente, no es lo que persigue el TUO-LRCT, pues eso sería contrario al artículo 28.2 de la Constitución que señala que el Estado "promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales". El arbitraje es una forma de solución pacífica de la negociación colectiva y, por ello, el TUO-LRCT promueve que los sindicatos puedan elegirlo, para no forzarlos a adoptar medidas de fuerza.

Destacados exponentes de la doctrina laboralista peruana avalan esta interpretación. El destacado, y recordado, profesor Mario Pasco Cosmópolis sostuvo que: "La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como arbitraje potestativo en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento"[4].

Por su parte, Pedro Morales Corrales, afirma que: "Desde nuestro punto de vista, la norma reglamentaria es coherente con la interpretación que tenemos del artículo 61 de la LRCT en concordancia con el marco constitucional, los convenios y recomendaciones de la OIT sobre esta materia; es decir, no ha hecho otra cosa que hacer explícita la facultad de cualquiera de las dos partes de ir al arbitraje"[5].

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo.* AELE, Lima, 1997, p. 179.

(5) MORALES CORRALES, Pedro. "Negociación colectiva y arbitraje potestativo". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, 30 de abril de 2013, pp. 4-5.

Del mismo parecer son otros conocidos exponentes del Derecho Laboral peruano como Ferro Delgado[6], De los Heros Pérez-Albela[7], Toyama Miyagusuku[8], Boza Pró[9] y Cortés Carcelén[10].

3. Según la jurisprudencia constitucional el artículo 61 del TUO-LRCT establece el arbitraje potestativo

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada en la STC Nº 03561-2009-AA/TC y la Resolución de fecha 10 de junio de 2010, señala claramente que el arbitraje que debe aplicarse para decidir el nivel de la negociación colectiva ante la falta de acuerdo entre las partes "(…) es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este".

En la parte considerativa de esta resolución, el Tribunal Constitucional desarrolla el razonamiento que lo lleva a concluir que el arbitraje previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT, es de carácter potestativo. Así, en el numeral 7, hace referencia al artículo 62 de dicho cuerpo legal, el cual establece que ante la ausencia de acuerdo en la negociación colectiva, los trabajadores pueden, alternativamente, optar por el arbitraje o declarar la huelga. Analizando el contenido de esta norma, afirma que "Como claramente deriva del texto constitucional, el Estado 'reconoce' el derecho de huelga (artículo 28 de la Constitución), lo que en modo alguno implica el deber de promoverla; mientras que no solo 'reconoce' el derecho a la negociación colectiva, sino que, además, conforme al artículo 28.2 de la Constitución 'promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales'".

Basándose en este razonamiento, expresa en el numeral 8 de la misma resolución lo siguiente:

> "(…) en tal sentido, si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y

(6) Vid., FERRO DELGADO, Víctor. "El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo". En: *Asesoría Laboral*. Nº 36, p. 13.

(7) Vid, DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA, Alfonso. "El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo". En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Lima, 2009, p. 122.

(8) Vid, TOYAMA MIYAGUSUKU. Jorge. "La ley de relaciones colectivas de trabajo: ¿promoción de la negociación colectiva?". En: *Ius et Veritas*. Año 3, Nº 5, p. 102.

(9) BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA, Ernesto. "El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional a la negociación colectiva". En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Nº 71, Lima, 2013, p. 307.

(10) CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. "El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo". En: *Revista del Foro*. Nº 89, Lima, p. 96.

> garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras si deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto".

Abundando en sus argumentos, el TC afirma que:

> "Una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además, haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental".

Para el máximo intérprete de la Constitución, este razonamiento, no solo tiene un indiscutible sustento constitucional sino que, además, fluye de la simple interpretación sistemática y lógica de la propia ley:

> "(…) solo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, conforme a la cual 'durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador. En efecto, esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación'".

Finalmente, se ampara la resolución del TC de fecha 10 de junio de 2010, en el Reglamento de la ley, puntualizando lo que sigue:

> "Asimismo, abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo-Decreto Supremo Nº 011-92-TR- disponga que 'al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según

> el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley'".

El criterio establecido por el TC en la precitada sentencia y su resolución aclaratoria ha sido confirmado en la sentencia recaída en el Exp. Nº 02566-2012-PA/TC[11].

4. Arbitraje potestativo ¿causal o incausado?

El Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, dictado para, supuestamente, acoger la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, agrega al texto del reglamento el artículo 61-B en el cual se establece el arbitraje potestativo pero limitado a los siguientes supuestos de hecho: i) cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en su nivel o contenido, y ii) cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Esta norma no cuestiona, por lo tanto, la existencia del arbitraje voluntario, que estaría previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT y en el artículo 46 del Reglamento, sino que admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a alguno de los supuestos antes mencionados. Como se puede advertir, esta norma, si bien admite la existencia del arbitraje potestativo, tiene un contenido restrictivo respecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional para el cual el contenido del artículo 61 de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable, por lo tanto, a cualquier caso en que las partes no arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no solo a los supuestos que señala el D.S. Nº 014-2011-TR. Es evidente, por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo de la resolución del TC es incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a estos obedece a la mala fe del empleador, lo cual marcha en

(11) En sus fundamentos jurídicos 11 y 12 esta sentencia señala lo siguiente:

> 11. El artículo 61 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo dispone: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo al arbitraje".
>
> 12. Conforme a la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional en el auto de aclaración recaído en el Exp. Nº 03561-2009-PA/TC, de fecha 10 de junio de 2010 (referido a la determinación del nivel de negociación ante la falta de acuerdo), el arbitraje al cual alude el artículo 61 del referido decreto supremo es un arbitraje potestativo y no voluntario, razón por la cual, manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto.

sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales.

El intento del Poder Ejecutivo de acantonar el arbitraje potestativo a determinadas causas, negando su carácter incausado, no puede prosperar en vista de la claridad y contundencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce que el arbitraje previsto en el artículo 61 del TUO-LRC es potestativo e incausado. Así lo han entendido, correctamente, algunos laudos arbitrales al momento de pronunciarse acerca de la procedencia del arbitraje. Estos han considerado que la jurisprudencia del TC es vinculante para todos los jueces y tribunales, incluyendo a los arbitrales, razón por la cual se han basado en esta –y no en el D.S. Nº 14-2011-TR– para declarar la procedencia del arbitraje solicitado por una de las partes ante la falta de acuerdo en la negociación colectiva[12].

II. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. Las restricciones a la negociación colectiva en el Sector Público

A partir de las disposiciones restrictivas contenidas en las leyes anuales de presupuesto que prohíben el otorgamiento o incremento de remuneraciones y de cualquier otro beneficio de contenido económico en las negociaciones colectivas de entidades y empresas del Sector Público, los tribunales arbitrales han tenido que apelar al "principio de interpretación conforme a la Constitución" para sustentar decisiones arbitrales que han otorgado beneficios económicos.

El artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley Nº 28237, consagra el principio de interpretación de las normas legales conforme a la Constitución, según la interpretación que de sus preceptos y principios efectúe el Tribunal Constitucional, lo que significa que en caso de que una interpretación de la ley devenga incompatible con la norma constitucional, interpretada por el TC, se deberá preferir, en caso de existir, aquella otra que se ajuste al contenido de esta.

En tal sentido, los tribunales arbitrales han tenido en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia Nº 0261-2003-AA/TC (26/03/2003) ha interpretado los alcances del derecho a la negociación colectiva, señalando al respecto que

(12) Así, por ejemplo la Resolución 03 del 22/04/2013 en el arbitraje entre el Sindicato y la empresa Celima S.A.; la Resolución 01 del 21/02/2014 en el arbitraje entre el Sindicato y la Zona Registral Nº IX de los Registros Públicos; la Resolución 01 del 21/02/2014 en el arbitraje entre la Federación de Trabajadores y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos; y la Resolución 02 del 01/09/2014 en el arbitraje entre el Sindicato Unitario y Telefónica del Perú S.A.A.

> "(...) el artículo 4 del Convenio Nº 98 constituye un principio hermenéutico fundamental al cual debe acudirse para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios".

En esta, y otras sentencias, el TC ha reafirmado el carácter de derecho fundamental de la negociación colectiva y su condición de instrumento para que los trabajadores obtengan mejores condiciones económicas y de trabajo[13].

Desde esta perspectiva, la aplicación del principio antes mencionado al contenido restrictivo de las leyes de presupuesto ha permitido establecer que su único contenido posible, esto es compatible con la Constitución, incide, exclusivamente, en restringir la "propuesta" de la entidad, es decir la capacidad de oferta de esta. En tal sentido, se admite que el Estado, en su condición de propietario de ciertas empresas y rector de sus entidades, regidas por el régimen laboral de la actividad privada, impone a estas determinados límites a su capacidad de negociación, los cuales afectan su autonomía institucional para la formulación de propuestas en la negociación colectiva. Tal limitación no puede –ni debe–, por lo tanto, entenderse referida al proceso de negociación colectiva en su conjunto ni, tampoco, afectar la capacidad de propuesta de la parte sindical, ni mucho menos, a la potestad decisoria autónoma del órgano arbitral. Por consiguiente, tales disposiciones tienen como ámbito de aplicación la actividad de los directivos o administradores de las empresas y entidades estatales, pero en modo alguno pueden tener efecto regulador fuera de dicho ámbito, proyectando dichos efectos restrictivos sobre instituciones de rango constitucional, como la negociación colectiva o respecto de autoridades u órganos que ejercen atribuciones jurisdiccionales, como es el caso de los árbitros o los tribunales arbitrales.

2. La autonomía de la jurisdicción arbitral y la obligación del órgano arbitral de respetar los derechos fundamentales

2.1. El arbitraje en la negociación colectiva

El arbitraje, como medio de solución de las controversias laborales relativas a la negociación colectiva, previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT, tiene sustento constitucional directo en el artículo 28.2 de la Constitución el cual señala que: "El Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales". Al respecto, el TC ha puntualizado que "(...) la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de

(13) Vid, al respecto: STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC y STC Exp. Nº 03561-2009-AA.

conciliación, mediación y arbitraje" (STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, f. j. 35). Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que:

> Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:
>
> - Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
>
> - Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral (STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, f. j. 35).

Y, respecto, específicamente, a la institución del arbitraje en materia laboral, el Tribunal Constitucional, señala que:

> "El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje" (STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC, f. j. 38).

Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de "solución", definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción, subyacente en la Constitución, de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social. En tal sentido, es evidente que la eventual prohibición del arbitraje como medio de solución de la negociación colectiva o la imposición de límites a aquel, que le imposibiliten resolver la controversia –lo que es lo mismo–, representa una clara trasgresión a lo establecido por el artículo 28.2 de la Constitución, esto es, una violación flagrante del derecho fundamental a la negociación colectiva

2.2. La garantía constitucional de la jurisdicción arbitral

En nuestro ordenamiento jurídico, se atribuye al arbitraje un rol importante, instituyendo la jurisdicción arbitral, al lado de la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) y la jurisdicción militar (Fuero Privativo Militar-Policial). Al respecto, el artículo 139, numeral 1, de la Constitución, señala como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional al siguiente:

> 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
>
> No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

De este modo, la jurisdicción arbitral se encuentra directamente sustentada en la Constitución, quien la concibe como un medio alternativo a la jurisdicción ordinaria para la solución de conflictos. Respecto a la naturaleza del arbitraje, el Tribunal Constitucional considera que en el caso de la jurisdicción arbitral "(…) no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional". (STC Exp. Nº 6167-2005-HC/TC, f. j. 11). En tal sentido, afirma que: "La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución" (STC Exp. Nº 6167-2005-HC/TC, f. j. 11).

A partir de esta concepción del arbitraje, como elemento integrante del orden público constitucional, el TC afirma el ámbito y la autonomía de la jurisdicción arbitral, sosteniendo que esta "(…) se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales" (STC Exp. Nº 6167-2005-HC/TC, f. j. 11).

Por esta razón, la jurisdicción arbitral, al igual que la jurisdicción ordinaria, goza de plena independencia y autonomía para resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Así lo afirma, rotundamente, el Tribunal Constitucional:

> "El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de 'no interferencia' referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones" (STC Exp. Nº 6167-2005-HC/TC, f. j. 12).

En conclusión, y siguiendo los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, la jurisdicción arbitral no tiene como único sustento la voluntad privada de las partes de un conflicto, sino que posee un sustento constitucional directo, en virtud del cual le son aplicables, en lo pertinente las normas constitucionales relativas a los principios y derechos de la función jurisdiccional, contenidas en el artículo 139. Entre ellas, destaca aquella que, en el inciso 2 de dicho precepto, afirma "La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional".

Diversos Laudos Arbitrales al resolver procesos de negociación colectiva bajo la vigencia de normas restrictivas insertas en las leyes de presupuesto de ejercicios anteriores, han establecido claramente la competencia de los órganos arbitrales para adoptar una decisión al margen del contenido restrictivo del derecho a la negociación colectiva. Al respecto, se pronuncia, categóricamente, el Laudo Arbitral de fecha 22 de julio de 2009, emitido en el proceso arbitral relativo a la negociación colectiva de Petroperú S.A. y la Coalición Nacional de Sindicatos de Petroperú S.A., en cuyo vigésimo primer considerando se sostiene que:

> "Queda claro, entonces, que la jurisdicción arbitral tiene un fundamento constitucional claro e incuestionable, que a tribunales arbitrales se les aplican los principios y derechos de la función jurisdiccional, de manera que se tutele el principio de no interferencia en el ejercicio de las funciones de su competencia, de modo que esta independencia lleva a que el Estado la proteja y evite cualquier injerencia dirigida a restringir el cumplimiento de las funciones reconocidas por la Constitución. Por tanto, no puede quedar duda alguna respecto de la competencia que tienen los tribunales arbitrales para conocer y resolver las materias controvertidas sometidas a su competencia aun cuando se pretendiera recortar esta por medio de una norma legal presupuestal".

En este sentido, los tribunales arbitrales, sobre la base del principio de "interpretación de la ley conforme a la Constitución", han hecho valer su autonomía constitucional para laudar en materia de negociación colectiva, al no considerarse obligados ni limitados por las restricciones impuestas por las leyes de presupuesto.

III. LA INAPLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y A LA AUTONOMÍA ARBITRAL

La decisión de los tribunales arbitrales de resolver las controversias sometidas a arbitraje sin aceptar las restricciones que en materia salarial contenían las leyes de presupuesto, determinó que estas, a partir del año 2009, dieran un paso más en su propósito de mutilar la negociación colectiva en el Sector Público, al incluir una disposición que, de forma expresa, obligaba a aquellos a aplicar la prohibición de otorgar o incrementar los beneficios económicos, llegando finalmente, en la Ley Nº 29951 –vigente para el ejercicio 2013– a establecer la nulidad de los laudos que no respeten dichas prohibiciones y la sanción de los árbitros que los emitan.

Para superar esta situación resultaba insuficiente recurrir al principio de "interpretación conforme a la Constitución", siendo necesario que el órgano arbitral, en ejercicio de su autonomía haga uso de la facultad prevista en el artículo 138 de la Constitución, que faculta a los jueces a preferir la norma constitucional a la legal en caso de incompatibilidad entre ambas y proceda a inaplicar las referidas normas.

1. La facultad de los tribunales arbitrales para ejercer el control difuso de constitucionalidad

El Tribunal Constitucional ha establecido que el ejercicio del "control difuso" de constitucionalidad previsto en dicho precepto, no es atribución exclusiva de los jueces en el marco de un proceso judicial sino, también, de otros órganos investidos de facultades jurisdiccionales. De esta manera la jurisprudencia constitucional reconoce la facultad de los órganos arbitrales de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes:

> "Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesario de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdiccional arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; (…)"[(14)].

La misma sentencia citada, expresa en el fundamento jurídico *in fine* que "En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera". Este criterio, constituye precedente vinculante, conforme lo señala expresamente la referida sentencia en el numeral 2 de su parte resolutiva.

2. La inaplicación de normas en la jurisprudencia arbitral

Especial importancia reviste el laudo arbitral de fecha 22 de setiembre de 2009, emitido en el arbitraje relativo a la negociación colectiva seguida entre el Sindicato de Trabajadores Administrativos de Petróleos del Perú y Petroperú S.A. el cual procede a **inaplicar** la norma de la Ley de Presupuesto que pretendía someter a sus restricciones la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En su fundamento núm. 58, sostiene este laudo: "(…) en virtud

(14) STC Exp. Nº 00142-2011-PA/TC, f. j. 24.

a lo establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución, este Tribunal Arbitral determina la inaplicación al presente caso del artículo 5.1 de la Ley Nº 29289, por ser contrario al inciso 2 del artículo 28 y al inciso 2 del artículo 139 del texto constitucional" (subrayado agregado)[15].

Después de la entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto del año 2013 (LP-2013), Ley Nº 29951, cuya quincuagésima octava disposición complementaria final decretó la nulidad de los laudos arbitrales contrarios a las normas restrictivas de dicha ley y la sanción de los árbitros que los suscribieran, los tribunales arbitrales han procedido a inaplicar, también, dicha disposición, señalando su manifiesta incompatibilidad con la Constitución, como lo hizo el Laudo arbitral de fecha 10 de diciembre de 2012, en el arbitraje de Sunarp con Federación de Trabajadores de la Sunarp[16]. Este laudo, indica que **"(...) resulta inaceptable admitir una restricción con carácter permanente, por demás arbitraria e injustificada a la capacidad propositiva de las partes o resolutiva para los árbitros, en un contexto de crecimiento económico sostenido durante los últimos años (...).** Dicha prescripción legal contraviene, igualmente, el derecho a la negociación colectiva y al deber promocional y de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, por lo cual debe ser inaplicada vía control difuso de constitucionalidad"[17].

Resulta indispensable puntualizar que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en la negociación colectiva no deviene menoscabado o, peor aún, descartado por el hecho de que se trate de un arbitraje

(15) En el mismo sentido, han procedido a INAPLICAR las leyes de presupuesto que pretendían limitar y subordinar la competencia de los tribunales arbitrales a las disposiciones de tales normas, los siguientes laudos arbitrales: Laudo Arbitral de fecha 23 de junio de 2010, en la negociación colectiva seguida entre el Sindicato de Trabajadores y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev); Laudo Arbitral de fecha 23 de mayo de 2011, en el arbitraje de Conasev con Sitconasev; Laudo Arbitral de fecha 15 de Diciembre de 2011, en el arbitraje de Sunarp con Federación de Trabajadores de la Sunarp; Laudo Arbitral del 17 de agosto de 2012 en el arbitraje entre la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev); Laudo Arbitral de fecha 29 de marzo de 2012, en el arbitraje de Sunat con Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat (Sinaut).

(16) Siguiendo este precedente han procedido a **inaplicar** la 58ª Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del 2013, los siguientes laudos: el Laudo Arbitral del 7 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato de Trabajadores Especialistas Aeronáuticos de Corpac S.A (Sineacor); el Laudo Arbitral del 19 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato Nacional Unificado de Trabajadores de Corpac S.A (SITE); el Laudo Arbitral del 25 de enero de 2013 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato de Profesionales Electrónicos Aeronáuticos de Corpac S.A (Sipeacor); el Laudo Arbitral del 1 de julio de 2013 en el arbitraje entre Seguro Integral de Salud (SIS) y Sindicato de Trabajadores del Seguro Integral de Salud.

(17) Laudo del 10 de diciembre de 2012, f. j. 106. Asimismo, en su fundamento jurídico 106, este laudo puntualiza que "(...) el establecimiento de una sanción inhabilitadora a los árbitros que contravengan las disposiciones contenidas en la 58ª D.C.F., es una manifestación del ejercicio abusivo de un Derecho por parte del propio Estado en su calidad de empleador, ejercicio proscrito en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil".

de equidad y no de derecho, por cuanto las normas que son objeto de inaplicación son aquellas que pretenden restringir o anular la facultad de dichos tribunales de resolver la controversia, esta es, aquellas que vulneran el principio de no interferencia en la jurisdicción arbitral, claramente sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3. La jurisprudencia del Poder Judicial sobre la autonomía de la jurisdicción arbitral

En sede judicial también se ha afirmado la autonomía de la jurisdicción arbitral y su desvinculación de las normas presupuestales que restringen el ejercicio de la negociación colectiva[18]. Por todas, resulta especialmente ilustrativa, por su claridad y contundencia, la Ejecutoria Suprema de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República (APEL Nº 2491-2011), de fecha 10 de noviembre de 2011, que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 28 de noviembre de 2007, en el arbitraje relativo a la negociación colectiva entre la Sunarp y la Comisión Negociadora de Trabajadores de la Sunarp. Esta sentencia, expresa lo siguiente:

> *"*(…) este Colegiado considera que la disposición presupuestaria invocada por la recurrente que prohíbe efectuar incrementos y reajustes en las remuneraciones en los últimos cinco años en los tres niveles de gobierno, terminaría por desconocer en este caso el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ya que se negaría de plano la posibilidad de 'mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios', que es precisamente la razón de ser de la negociación colectiva; con los que se infringiría la obligación

(18) Vid, la sentencia del 19 de mayo de 2000, expedida por la Primera Sala Laboral de Lima, que declara infundada la nulidad deducida por Petroperú contra el Laudo Arbitral del 31 de enero de 2000, confirmada por la Ejecutoria Suprema del 5 de diciembre de 2000; la Sentencia del 18 de septiembre de 2001, emitida por la Tercera Sala Laboral de Lima, que declara infundada la demanda de nulidad interpuesta por Petroperú contra el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2001, la misma que quedó CONSENTIDA al no haber interpuesto la demandante recurso de apelación; la Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (APEL Nº 137-2008), que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 5 de octubre de 2006, en el arbitraje relativo a la Zona Registral Nº IX Lima y Callao, y la Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República (APEL Nº 858-2008), que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 28 de octubre de 2006, en el arbitraje relativo a la negociación colectiva entre la Sunarp y la Federación de Trabajadores del Sistema Nacional de Registros Públicos.

> del Estado de fomentar a través de la negociación colectiva y los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje, la resolución de los conflictos laborales existentes de manera definitiva, autónoma y vinculante" (décimo considerando).

IV. EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN ARBITRALY LA PROPUESTA "CERO"

Una característica singular del arbitraje en materia de negociación colectiva, previsto en el TUO-LRCT es la que se enuncia en el artículo 65 el cual indica que "El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes". Se trata del procedimiento conocido como *"final-offer arbitration"***,** que consiste en *"*(...) la presentación al árbitro de una oferta de laudo por cada una de las partes, decidiendo aquel a que le parece más justa de las dos, de modo que las partes ceden el máximo posible al objeto de hacer triunfar su propuesta"[(19)].

Las restricciones a la capacidad de propuesta u oferta impuestas a las entidades y empresas del Estado por las leyes de presupuesto, han llevado a que al someterse al arbitraje aquellas hayan optado por presentar una propuesta "cero", materializada, por lo general, en un documento en el cual piden al órgano arbitral laudar a favor de esta por encontrarse ajustada a las prohibiciones establecidas por las normas presupuestales. De este modo, los árbitros se han visto obligados a dilucidar si la referida propuesta "cero" podía ser considerada como elegible para dar solución a la controversia.

El criterio hoy prevaleciente es el adoptado en el Laudo Arbitral de fecha 28 de noviembre de 2007, emitido en el proceso arbitral seguido entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y la Comisión Negociadora de los Trabajadores de la Sunarp - Sede Central. En este caso, el Tribunal Arbitral, presidido por el profesor Mario Pasco Cosmópolis expresó lo siguiente:

> "La lógica del sistema de arbitraje instituido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, conocido como 'arbitraje por la última posición' o 'last offer arbitration' o 'final offer arbitration', radica en inducir –casi imponer– al órgano decisorio la opción por la posición más razonable".

(19) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 585.

Desde tal perspectiva, la posición final presentada por la Sunarp la hace virtualmente inelegible, no solo porque no contiene oferta alguna, sino por su propia inconsistencia interna al rehusarse a ofertar incluso aquello que la entidad ya viene otorgando.

El mismo criterio ha sido acogido por el Laudo Arbitral de fecha 24 de junio de 2008, en el proceso arbitral seguido entre la Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú y Petróleos del Perú S.A., el cual, en su numeral 23, luego de glosar lo manifestado en el laudo antes referido, agrega lo siguiente:

El tribunal ha procedido a compulsar las propuestas finales presentadas por la partes en el acto de instalación del tribunal, desde la perspectiva mencionada en el numeral anterior, llegando a la conclusión de que la propuesta final de LA EMPRESA, consistente en una propuesta CERO para cada uno de los beneficios materia del arbitraje, la hace virtualmente inelegible porque no contiene oferta alguna que permita cotejarla con la propuesta de la COALICIÓN[20].

De esta forma, la jurisprudencia arbitral ha dejado sentado que una propuesta sin contenido, que se limite a pedir la aplicación de las normas presupuestales prohibitivas no puede ser considerado como una "propuesta final" susceptible de ser elegida como la solución del conflicto, luego de su cotejo con la propuesta de la otra parte. Ello en razón de que, en caso de ser aceptado, dicha "no propuesta", lejos de ser una fórmula de solución del conflicto conllevaría a su agudizamiento.

Se trata, sin duda, de una posición correcta, ajustada a la Constitución, toda vez que aceptar la validez de la "propuesta cero", significaría vaciar de contenido el derecho fundamental a la negociación colectiva, en el cual las mejoras económicas son el instrumento para la elevación de la calidad de vida de los trabajadores.

(20) En el mismo sentido se han pronunciado otros laudos arbitrales, a saber: el Laudo Arbitral del 22 de julio de 2009, entre la Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú y Petróleos del Perú S.A (Nº 56); el Laudo Arbitral del 21 de agosto de 2009 entre Conasev y Sitconasev (Nº 55); el Laudo Arbitral del 23 de junio de 2010 entre la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (Nº 59); el Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2011 entre la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (Nº 58); el Laudo Arbitral del 11 de enero de 2011 entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y la Federación Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Fetrasinarp) (Nº 17); el Laudo Arbitral del 15 de diciembre de 2011 en el arbitraje entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y la Federación Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Fetrasinarp) (Nº 58); el Laudo Arbitral del 29 de marzo de 2012 entre la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat (Sinaut) (Nº 77); el Laudo Arbitral del 17 de agosto de 2012 en el arbitraje entre la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (Nº 11.1); el Laudo Arbitral del 10 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y la Federación Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Fetrasinarp) (Nºs 110 a 112).

LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, FAVORABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES

A Mario Pasco Cosmópolis, *in memoriam*

OSCAR ANDRÉS BLANCO RIVERA[1]

I. INTRODUCCIÓN

El maestro Américo Plá Rodríguez define los principios jurídicos como "aquellas líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"[2]. Vásquez Vialard, considera los principios como **verdades anteriores y superiores a la norma legal**, y su **fundamento último y primordial**[3] que sustentan la interpretación de las normas de derecho.

(1) Abogado Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Asesor laboral de empresas. Catedrático postgrado en la Universidad Externado de Colombia, del Rosario e Icesi. Miembro y ex Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo. Coautor y autor de varios libros y artículos especializados sobre la materia.

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 14.

(3) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 127.

En esa misma línea Mario Pasco Cosmópolis formula la siguiente pregunta: ¿Qué son en buena cuenta, los principios *de una disciplina jurídica?* A lo que responde: "El derecho, conforme se nos enseña desde las primeras letras universitarias, no es solo la ley, que es apenas su manifestación objetiva, su concreción positiva. La ley es el reflejo de un pensamiento, de una ideología, de un conjunto de valores a los que apropiadamente podemos reconocer como sus principios [por ello, remata diciendo que], Todo sistema jurídico se asienta en principios, que son su base dogmática y axiológica. Aquel que careciera de tal base sería apenas un conjunto desarticulado de leyes sin alma ni espíritu(4).

Las reflexiones anteriores de destacadas figuras del Derecho Laboral latinoamericano, nos permiten adentrarnos en las razones por las cuales los principios de favorabilidad, progresividad y condición más beneficiosa, consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política vigente desde el año de 1991, que junto con otros que allí se mencionan, constituyen los principios mínimos fundamentales que deben tenerse en cuenta en el estatuto del trabajo, vienen adquiriendo tal relevancia en Colombia, que en nuestra opinión ponen en riesgo otros principios como los de equidad, igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, que necesariamente obliga a repensar su aplicación amplia y generosa.

II. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD O *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo - CST en 1950, el carácter protectorio al trabajo quedó plasmado en los artículos 9 y 21, de la siguiente manera:

> El artículo 9 al definir el trabajo como la actividad que "goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes le asigna a Los funcionarios públicos [la obligación de] prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones".

En esta primera norma se le otorga primacía al principio protector al trabajo, disponiendo el deber de las autoridades de ejercer la debida y oportuna garantía para lograr la eficacia de los derechos laborales.

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 24.

A su vez, en el artículo 21, en desarrollo del carácter protectorio del trabajo, se consagra el principio de *in dubio pro operario* o de favorabilidad, bajo la premisa de que: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, prevalece la más favorable. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad".

Estos principios adquirieron especial relevancia, decíamos antes, con la consagración establecida en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, al establecer como principio mínimo fundamental, entre otros, el de la situación más favorable al trabajador, como una regla general de interpretación del Derecho Laboral, extendida a las normas de seguridad social, que parte de la existencia de una duda razonable sobre la aplicación de normas vigentes que entran en conflicto, y que ofrece una solución al caso en cuestión al tomar como aplicable la más favorable al trabajador, pero siempre que sea adoptada en su integridad, es decir, sin escindir tal disposición.

Bajo este principio, su aplicación se da a partir del cumplimiento de unas líneas directrices, a saber: "(i) la duda surge sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, entendidas estas como 'un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica'; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse, debe respetar el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo"[5]. También aplica este principio, cuando el juez escoge, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.

Traído al campo de aplicación del Sistema General de Seguridad Social, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 fija la siguiente regla de interpretación respecto del principio de favorabilidad: "Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley".

Al observar esta regla, donde en apariencia podría suponer una remisión al principio de condición más beneficiosa, que en nuestro sentir no lo es, se concluye que al coexistir normas de derecho que regulen una misma situación fáctica, o

(5) Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia Rad. 40662, 15 de febrero de 2011.

una norma que tenga varios sentidos posibles, cuya duda resulte insalvable, para que pueda cumplirse la premisa principal, –coexistencia de normas–, debe el juez escoger la que resulte más favorable al trabajador. Significa que la aplicación de este principio debe seguir esta regla, pues no sería de aceptación cualquier duda, sino una duda razonable que crea incertidumbre al momento de resolver el caso que se controvierte. En ese sentido, parte del cotejo de dos o más normas que se encuentran vigentes y que se refieren a la misma materia, caso en el cual se escogerá en su integridad, la más favorable.

En consecuencia, no se trata de que el juez cree nuevas instituciones ni nuevas reglas, ni que su interpretación entre en pugna con la voluntad del legislador, sino que por vía de interpretación, aplique armónicamente la más favorable.

III. LOS PRINCIPIOS DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y PROGRESIVIDAD

La derogada Constitución Política de 1886, modificada por el Acto Legislativo Nº 1 de 1936, consagró en su artículo 17 lo siguiente:

> "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

Esta norma fue desarrollada, como lo señalamos antes, por el artículo 9 del CST, que como ya dijimos fue expedido en 1950. Pero, en vigencia de la Constitución Política promulgada en 1991, se consagraron en el Capítulo 2 *in extenso* los derechos sociales, económicos y culturales de la familia, la mujer, el hombre, los niños, los adolescentes, los miembros de la tercera edad. Y en el caso concreto de los derechos sociales laborales, dispuso el artículo 53, lo siguiente:

> "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía

> a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

En el caso particular del principio de favorabilidad, el artículo citado consagró lo siguiente: "La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (…); situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (…)". Es decir, que el principio propiamente dicho de la condición más beneficiosa no fue consagrado en forma expresa, sin que esto signifique desconocer, por parte nuestra, que esta regla de interpretación –la condición más beneficiosa–, es una derivación del principio protector del trabajador. Pero, también hay que resaltar que tampoco fue señalado de manera expresa en el artículo 48 constitucional que consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable, que garantiza a todos los habitantes en forma progresiva la cobertura de la seguridad social.

¿Por qué de manera expresa no lo hizo el constituyente de 1991, como si lo señaló en relación con la regla de favorabilidad? Consultada la jurisprudencia a la luz de la Constitución de 1991, se observa que este principio ha sido fruto del desarrollo jurisprudencial, pues en el pasado era dejado de lado porque se consideraba que introducía un elemento de inestabilidad o inseguridad jurídica, ya que remitía a una norma anterior, derogada, ordenando su aplicación, bajo la premisa de que la ley nueva resultaba desfavorable frente a la anterior.

El jurista peruano Romero Montes, en su artículo "La crisis de los principios del derecho del trabajo", nos dice sobre este principio lo siguiente: "El principio de condición más beneficiosa, por lo general es de carácter contractual. Conforme al mismo los sujetos del contrato de trabajo pueden de mutuo acuerdo, o por decisión unilateral del empresario, establecer condiciones de trabajo más favorables a las establecidas en las normas legales y convencionales reguladoras de una concreta relación de trabajo, prevaleciendo las primeras sobre estas. El fundamento está en la consideración de que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio

del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos"[6].

Hasta acá, es correcto considerar, que cuando por disposición contractual se establecen beneficios superiores a los legales, son aquellos, los favorables, los aplicables, porque afecta situaciones *inter partes*. Además, porque respeta el mínimo de derechos y garantías consagrado en el artículo 13 CST. Pero, cuando este principio o regla de interpretación del derecho se lleva al campo de la confrontación entre una ley derogada y una ley nueva que establece nuevas condiciones, por ejemplo, pensionales, a personas que aún no han cumplido requisitos para obtener el reconocimiento de la prestación a la luz de la ley vigente, es cuando estimamos que la aplicación del principio de condición más beneficiosa produce o genera una **regresividad** normativa, que no progresividad, perdiendo la dinámica de avance del derecho que ajusta el legislador a las condiciones del desarrollo social de un país, las expectativas de vida, la cobertura universal de la seguridad social, en una economía con recursos escasos, pues no es un capricho del legislador introducir mayores requisitos o disminuir montos de las pensiones, sino de hacer los ajustes necesarios en forma oportuna y sostenible, produce un efecto positivo en el mantenimiento de los principios de igualdad y equidad en materia pensional con gastos presupuestales crecientes.

Sin embargo, en la forma como en el caso de pensiones se viene aplicando por parte de las Altas Cortes de Colombia, que se sustenta en que "busca preservar para los trabajadores o afiliados el régimen anterior (inmediatamente derogado) más favorable contenido en las diversas fuentes jurídicas formales, frente a la reforma, modificación o cambio abrupto de dicho régimen, (…) no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente en que las satisfizo" (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencias Rad. 40662, 15 febrero, 2011, Rad. 42501, 25 julio, 2012, Rad. 38674, 25 julio, 2012), es donde precisamente radica nuestra discrepancia.

En efecto, según el argumento antes expuesto, al ser este principio un elemento de protección al trabajador o afiliado, la condición más beneficiosa tiene

(6) ROMERO MONTES, Francisco Javier. "La crisis de los principios del derecho del trabajo". Tomado de la web. Profesor de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de San Martín de Porres, Lima.

por finalidad evitar que la aplicación de la nueva norma, por contener requisitos más gravosos que los establecidos en la ley inmediatamente anterior, no se aplique. Observamos que bajo este criterio se entremezclan dos principios que persiguen fines diferentes: el de favorabilidad, con el de condición más beneficiosa, puesto que si el primero persigue que el criterio que resulte más favorable al trabajador del sentido de una ley vigente es el aplicable al caso concreto, en el segundo, se retrae al inmediato pasado, buscando la norma derogada que resulta más beneficiosa, lo que en nuestra opinión desquicia la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

El anterior criterio expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes citadas, contrasta con lo dicho sobre tales principios por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004, donde señaló, al resolver sobre la exequibilidad de la Ley Nº 789 de 2002, lo siguiente:

> La posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad.
>
> *"25.- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie* de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no solo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.
>
> *26.- Ahora bien, para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad de las medidas acusadas, conviene tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP arts. 333 y 334). Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser*

flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin de respetar la discrecionalidad que la Carta les concede. Y es que, como esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el legislador regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

Sin embargo, las regulaciones acusadas no solo tienen incidencia sobre un derecho social fundamental, como es el derecho al trabajo (CP arts. 25 y 53) sino que además implican una regulación diversa de la protección de ese derecho social, lo cual podría ser contrario, al menos prima facie, al mandato constitucional de progresividad. Y esto obliga a que el escrutinio judicial sea riguroso, pues ese tipo de medidas se presumen contrarias a la Constitución, al PIDESC y al Protocolo de San Salvador.

27- Las anteriores características del presente caso hacen que el análisis de proporcionalidad que la Corte debe adelantar sea en ciertos aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo".

Así, es obvio que frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques. Ahora bien, la doctrina, con criterios que esta Corte comparte, ha señalado que entre más inseguras y discutidas sean las premisas empíricas en que se funda una decisión del legislador, menos intenso debe ser el control constitucional de la opción legislativa, puesto que el juez constitucional no cuenta con conocimientos seguros para cuestionar

dicha opción, precisamente porque se trata de un terreno polémico y controvertido en términos de la ciencia y la cultura.

Sin embargo, como se trata del examen de una medida que disminuye la protección de un derecho social, la Corte debe verificar más rigurosamente que las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores. Con esos criterios, entra la Corte a examinar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En esta primera argumentación que hace la Corte Constitucional acepta que, si bien el examen de las normas dictadas por el legislador pueden resultar **regresivas** y, por lo tanto, que afectan al trabajador por reducir algunas de sus anteriores prerrogativas, es necesario tener en cuenta las razones del legislador para haber introducido tales reformas. Es decir, existe una razón de Estado que justifica la reforma, como lo puede ser algún sacrificio o recorte de beneficios de la clase trabajadora en aras de procurar el fomento del empleo, como más adelante lo advierte la Corte.

En efecto, en el aparte 30 de la sentencia en comento, considera la Corte lo siguiente:

> "30.- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la finalidad de las normas acusadas de promover el empleo y el crecimiento económico es claramente constitucional. Además, se trata de un propósito constitucional imperioso, pues la Carta le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos, por lo que la promoción efectiva del empleo podría eventualmente justificar una limitación de la protección del derecho al trabajo (…) Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique (i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo (…)".

Finalmente, trae la Corte Constitucional el siguiente ejemplo justificatorio de su particular visión sobre los principios de condición más beneficiosa y progresividad, así:

> "34.- En tal contexto, la ampliación de la jornada diurna de las 6 PM a las 10 PM (art. 25) fue justificada como una medida que permite que ciertos sectores de la economía, en especial las empresas comerciales y de servicios, puedan ampliar sus jornadas de trabajo, sin recargos por trabajo nocturno, con lo cual se estimula una mayor ocupación laboral en esos sectores. La reducción de los recargos en festivos (art. 26) tiene un propósito semejante, pues busca permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo en esos sectores. Estas medidas se ven complementadas por la introducción de la jornada laboral flexible (art. 51) que permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados. Por su parte, la reducción del monto de las indemnizaciones por despido injusto en los contratos a término indefinido (art. 29) busca disminuir los riesgos de los empresarios para contratar nuevas personas, así como facilitar la adaptación de las empresas a los ciclos económicos, lo cual debería también incentivar el empleo. Además, esa reforma pretende corregir lo que consideraba un incentivo perverso de la regulación precedente, consistente en vincular el monto de la indemnización por despido a los años de antigüedad, en especial para los trabajadores que superaran los 10 años de antigüedad, lo cual habría 'provocado inestabilidad en el empleo en el sentido de que al acercarse a los diez años de antigüedad, disminuye notablemente la probabilidad de permanecer en el empleo' ya que 'los empresarios prefieren despedir una persona antes de los diez años, ya que si lo hace después deberá pagar no 20 días (como es el caso para los rangos entre 5 y 10 años de antigüedad), sino 40 días adicionales a los 45 que se otorgan por cada año de trabajo'".

En consecuencia, en dichas decisiones observamos dos visiones distintas sobre unos derechos sociales, los primeros, los modificados por la Ley Nº 789 de 2002 que afectaron los mínimos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo relacionados con recargos a la jornada nocturna de trabajo, dominicales y festivos; y los segundos, los dispuestos en la Ley Nº 797 de 2003, en materia pensional, que introdujeron cambios en los requisitos pensionales como el incremento de semanas cotizadas y la fidelidad de cotización al sistema, donde, a pesar de partir de premisas similares a la reforma de la Ley Nº 789 de 2002, como son los

cambios debidamente sustentados en materia económico social y de sostenibilidad financiera del sistema por parte del legislador, tanto en lo laboral, como el pensional, se tomaron determinaciones diferentes, pues en los primeros fue declarada la exequibilidad de las reformas, mientras que en los segundos se declaró la inconstitucionalidad de las normas demandadas relacionadas en ese caso con el requisito de fidelidad de cotización al sistema pensional.

Ahora bien. Si revisamos el Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Carta Política, estableció, con total claridad lo siguiente:

> "Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

De lo dispuesto en esta norma constitucional fuerza concluir que en cada caso la controversia se debe solucionar a la luz de la ley vigente a la fecha del suceso del siniestro (teoría del hecho causante), por lo que no es posible, en nuestra opinión, acudir a principios como el de la condición más beneficiosa para otorgar pensiones de invalidez y de sobrevivientes con otrora requisitos derogados o modificados, pues los requisitos aplicables son los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones en ese momento, como en este caso en particular, la reforma a la Ley Nº 100 de 1993 introducida por la Ley Nº 797 de 2003 que a partir de su vigencia es la que debe aplicarse al caso concreto, porque, además, es necesario cumplir con las semanas de cotización expresamente señaladas en la ley nueva para acceder a una prestación.

El artículo 48 de la Constitución Política, luego de su adición por el Acto Legislativo 1 de 2005, en su primer inciso incluye como principio de la Seguridad Social el de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Y, sin duda, ese principio de sostenibilidad financiera que debe ser ondeado para estos casos de aplicaciones de principios, se ve seriamente afectado, cuando por la vía judicial se otorgan prestaciones por fuera de lo establecido en las normas vigentes, pues son prestaciones que no cuentan con el respaldo financiero suficiente, por no tener los beneficiarios los requisitos en materia de aportes dispuestos en la ley nueva.

En un sistema de seguridad social de clara naturaleza contributiva como el vigente en Colombia, es indispensable que la financiación de las prestaciones se haga con base en las normas vigentes que establecen los requisitos en materia

de cotizaciones, pues es de suponer que son esas cotizaciones y no otras, las que se han considerado por el legislador como necesarias y suficientes para financiar las prestaciones de todos los afiliados al sistema y no solamente de una parte de ellos. Resalta el hecho de que la viabilidad o sostenibilidad económica del sistema se antepone al favorecimiento de intereses individuales de supuestos beneficiarios de prestaciones, pues de no ser así, se incumple el mandato del artículo 4 de la Constitución Política que, sin lugar a dudas, hace prevalecer el interés general representado por la sostenibilidad financiera de la seguridad social ordenada por la Constitución Política en el inciso primero de la adición al artículo 48, sobre el particular de algunos beneficiarios de afiliados, surgido de la interpretación del juez en el caso individualmente considerado.

En ese orden de ideas, es preciso dejar sentado que, de acuerdo con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a los asuntos de seguridad social, las normas sociales producen un efecto general inmediato. Por ejemplo, en los casos de cuando un causante fallece en vigencia del texto original del artículo 46 de la Ley Nº 100 de 1993, debe precisarse que esa norma es el precepto que debe aplicarse, pues, no cabe duda de que las normas que regulan el derecho a una pensión de sobrevivientes son las que se hallan vigentes cuando se produce el siniestro (Teoría del hecho causante).

Por otra parte, el artículo 53 de la Carta Política, al regular el principio de favorabilidad, presupone la existencia "(…) de dos o más artículos vigentes que regulen una misma materia (...)". Lo que indica que constituye una situación que es bien distinta respecto de la aplicación de una norma anterior a la vigencia de la Ley Nº 100 de 1993 que creó el sistema general de seguridad social integral, pero que fueron modificadas por esta, y que debe ser la aplicable al caso controvertido. Pero esto no es lo que están aplicando nuestras Altas Cortes, pues lo han interpretado como el de acudir a la norma inmediatamente anterior que resulte ser más favorable. Esto, desquicia el sistema de pensiones y pone en serios aprietos la sostenibilidad del mismo.

También se ha sostenido desde antiguo, que la favorabilidad debe aplicarse en forma sistemática; es decir, en forma integral y completa, sin dejar de lado las normas que no le conviene a quien reclama la utilización del principio, pues no puede aprovecharse de las favorables en forma parcial. Lo contrario, rompe los principios de unidad e integralidad dispuestos en los literales d) y e) del artículo 2 de la Ley Nº 100 de 1993 que, así las cosas, no pueden ser interpretados de esa forma.

Debe entonces tenerse en cuenta lo antes dicho que una de las reglas de financiación del Sistema General de Pensiones, –al menos como en el caso de la

pensión de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual–, dispone en su artículo 77 de la Ley Nº 100 de 1993, que la pensión se financia en parte con la suma adicional a cargo de la Aseguradora Previsional; fórmula de financiación que se rompe cuando se accede a una prestación que debe ser cubierta con fondos que no provienen del régimen anterior, que desvirtúa la naturaleza misma, al menos, del régimen de ahorro individual para atender una prestación que pretende traer a colación requisitos derogados por el sistema general de pensiones consagrado en la Ley Nº 100 de 1993.

En consecuencia, quiere decir lo antes expuesto que, si se admitiese la procedencia del principio de la condición más beneficiosa en materia de tránsito legislativo de normas sobre pensiones, es claro, al menos, que no puede tener aplicación respecto de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo en cuenta que la forma de financiamiento de las prestaciones que otorga no permite el reconocimiento de pensiones respecto de afiliados que no tengan en su cuenta individual el capital suficiente para generar una pensión. Y, desde luego, la suma necesaria para fondear la pensión no puede provenir del patrimonio de la entidad administradora, pues es esa una obligación que no cuenta con respaldo en la ley, como tampoco de la cobertura que se otorgue por razón del seguro previsional a cargo de una compañía de seguros, que no debe responder por la insuficiencia en las cotizaciones de los afiliados.

Dice la regla general de interpretación del derecho como la consagrada en el artículo 27 del Título Preliminar del Código Civil que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu. Esta regla clásica vigente en Colombia desde finales del siglo XIX, es suficiente para darle el entendimiento correcto a la aplicación de las normas vigentes cuando se sucede el siniestro.

En consecuencia, no puede el juez individual o colegiado otorgar prestaciones pensionales dentro del sistema general de pensiones con base en disposiciones modificadas o derogadas que rompen los principios de unidad e integralidad del Sistema, puesto que los dispensadores de justicia, no pueden desconocer ni modificar la voluntad legislativa con argumentos que se sustentan en criterios subjetivos de equidad, que conlleva la inaplicación de la norma vigente que regula la prestación pensional, so pretexto de acudir a la condición más beneficiosa, pretendiendo darle un cariz de lo justo en detrimento de lo legal sobre el cual está montado un sistema pensional como el vigente en Colombia.

Y en cuanto al principio de progresividad, se parte de la base que debe ser la natural evolución de una norma de derecho, pues lo contrario la haría regresiva. Este argumento lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-556 del

20 de agosto de 2009 que declaró la inexequibilidad del requisito de fidelidad establecido en el artículo 12 de la Ley Nº 797 de 2003. En esta oportunidad la Corte dijo lo siguiente:

> *"*El deber asumido por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, no es legítimo, en principio, adoptar medidas ni sancionar normas jurídicas que disminuyan los derechos económicos, sociales y culturales de los que disfruta la población. Dado que, por regla general, el Estado se obliga a mejorar el cubrimiento y calidad de estos derechos, simultáneamente asume la proscripción de reducir los niveles vigentes o derogar los ya existentes. Es decir, no pueden existir reformas regresivas, salvo que exista una justificación de raigambre constitucional. Por lo tanto, dentro de la normatividad constitucional se pregona la progresividad de los derechos, lo cual significa, en principio, que han de ser mejorados o dejados igual, pero no disminuidos. Por eso, los mínimos básicos que garantizan las políticas públicas de un Estado, deben ser progresivos y facilitar las estrategias de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Con todo, bien pueden darse unas circunstancias en las que se justifique una regresión, pero solo por superiores razones constitucionales. De tal manera, los derechos inherentes a todos los seres humanos son garantías sociales, beneficios erigidos en pro de la comunidad que el Estado se encuentra obligado a garantizar. Por ejemplo, el derecho a la salud es asumido como fundamental, al constituir una garantía social inalienable. No obstante, que lo colectivo prime sobre lo individual no implica que a las personas individualmente consideradas se les deje de reconocer y proteger sus derechos, en cuanto lo que se busca es atender los problemas fundamentales de todos, con igualdad, sin dejar a nadie por fuera. La progresividad conlleva al mismo tiempo mandatos de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado, que es todo lo contrario a una autorización para dilatar la efectividad de los derechos previamente consagrado".

Y sobre el principio de progresividad, afirmó lo siguiente:

> "Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar

> progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que esta en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población. Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta".

Sin embargo, recordemos que tal como antes lo señalamos, la Corte dijo todo lo contrario en la sentencia C-038 de 2004 cuando declaró la exequibilidad de las normas que modificaron varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, entre ellas, la jornada nocturna, los recargos dominicales y festivos, el contrato de los aprendices, etc., pues en esa sentencia si avaló la justificación que tuvo en cuenta el legislador para introducir modificaciones al Código Sustantivo del Trabajo, francamente regresivas, pero que estimó razonables para combatir el desempleo y fomentar el crecimiento de la economía.

Esta contradicción es evidente, pues mientras en aquella se refirió a la sostenibilidad del sistema, en este caso laboral y de mercado de trabajo, en la última avaló la progresividad frente al requisito de fidelidad que perseguía la sostenibilidad del sistema de pensiones, que lo consideró como regresivo.

Por ejemplo, esa contradicción quedó expuesta en una decisión de la Sala Laboral de la Corte cuando en la sentencia del 17 de agosto de 2011, radicado 36747, dijo lo siguiente: "Sin embargo, como ya en múltiples oportunidades esta Corporación lo ha sostenido, la norma que regula la pensión de invalidez es la que se encuentra vigente al momento de la estructuración del estado de invalidez

y es a la luz de esta que debe analizarse el cumplimiento de las exigencias para adquirir dicho beneficio".

IV. LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA Y EL PRINCIPIO DEL HECHO CAUSANTE

Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando se expidan leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005.

Establece el Acto Legislativo en cita lo siguiente:

> "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

Ahora bien, si tal regla constitucional rige para el órgano legislativo, debe necesariamente regir para las ramas ejecutiva y jurisdiccional. Si un juez rompe dicha regla constitucional, desde luego que afecta la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, que debe ser acatada y cumplida por los órganos del poder público. Lo contrario, haría suponer que una de las tres ramas se erige en una rueda suelta, lo que no es posible. Recordemos que el artículo 230 de la Constitución Política impone a los jueces su sometimiento al imperio de la ley, dejando la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial, lo que significa que no deben convertirse los criterios auxiliares en la función judicial principal del juez.

Sin embargo, consideramos que esta regla constitucional no se observa en las decisiones de nuestro más alto tribunal de justicia ordinaria, puesto que si le otorga al principio de la condición más beneficiosa un efecto que no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, deja de lado que tal regla no solo obliga específicamente al legislativo, sino que obliga a todas las

autoridades y funcionarios públicos del país, incluidos los jueces, ya que dicha regla impone que los derechos pensionales solo se otorgan a las personas que han reunido las exigencias o requisitos que, bajo una normativa determinada, aseguran a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias legales, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones o en un capital suficiente, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa vigente para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento del siniestro, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización.

Pero, cuando en algunos casos como los que examinamos, la Sala Laboral de la Corte deja de lado el cumplimiento de los requisitos señalados por la ley nueva, como, por ejemplo, de semanas mínimas cotizadas impuestas bajo una determinada normativa derogada, significa que la pensión para la cual ha cotizado no está garantizada por el propio Estado, con lo cual no se cumple con el elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo número 1 de 2005, que ordena que "El Estado garantizará (…) la sostenibilidad financiera del sistema pensional".

En nuestro criterio, tal decisión de la Sala Laboral de la Corte no es de aceptación, porque en primer lugar, no es cierto que la pensión de sobrevivientes se encuentre financiada por las cotizaciones acumuladas bajo la norma derogada. En gracia de discusión, esto podría ser cierto para el régimen de prima media con prestación definida, que se caracteriza por ser financiadas por el fondo común pensional, donde el principio de solidaridad prima en los casos de las pensiones de sobrevivientes y de invalidez, y aun, en las pensiones de vejez. Pero, en segundo lugar, en cuanto corresponde al régimen de ahorro individual, no podemos pasar por alto que la regla de financiación es diferente a la de prima media: como que en aquella, la de ahorro individual, la acumulación de un determinado capital en la cuenta de ahorro pensional de un afiliado, más sus rendimientos abonados en cuenta, el bono pensional, si a ello da lugar, y, en caso de muerte o invalidez del afiliado, la suma adicional cubierta por la aseguradora previsional, parte de la base que se está ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma vigente. Por lo que en estos casos, no tiene sustento alguno estimar que se trata de una pensión financiada con las cotizaciones efectuadas bajo la norma derogada.

Por todo lo anterior, es necesario que nuestra jurisprudencia nacional retome la regla general de interpretación de la denominada teoría del hecho causante. Como marco de referencia de esta teoría, traemos a colación unas sentencias del Tribunal de lo Social español, que se encuentra expuesta en línea con la

de los países de la Unión Europea, para solo citar esta importante región mundial. Dicha teoría se expresa en varias de las sentencias recogidas al efecto, de la siguiente manera:

En sentencia del Tribunal Superior, Sala de lo Social, recurso de casación 1145 de 2008, M.P. José Manuel López García de la Serrana, se señala lo siguiente:

> "Por otro lado, desde nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1069) (RCUD 200/99), esta Sala viene entendiendo que la fecha del accidente de trabajo determina la normativa aplicable y, consecuentemente, las prestaciones debidas, las mejoras que las complementan y la entidad aseguradora responsable del pago de las mismas. Con base en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre , se ha estimado que una cosa es la fecha del siniestro asegurado, el accidente, y otra la fecha en que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo cubierto naciendo la obligación de pagar el capital asegurado" (S.TS., además de la ya citada, del 4 de octubre de 2001 (RJ 2002, 1415) (Rec. 3902/00), 24 de mayo de 2000 RJ 2000, 4639) (Rec. 1549/99), 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 6923) (Rec. 713/02), entre otras).

En sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, número 4788 de 9 de junio de 2008, M.P. Ignacio María Palos Peñarroya, se reitera la línea jurisprudencial antes citada, así:

> "Con carácter general se ha sostenido que en una prestación complementaria de la Seguridad Social 'como regla general, rige el principio general de que hay que estar a la fecha del hecho causante para el nacimiento de la prestación', entendiendo como prestación causada aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido la contingencia o situación objeto de protección en la fecha del hecho causante, existiendo, por tanto, en principio una prohibición de menoscabo o reducción de los derecho adquiridos, debiendo aplicarse el principio pro-beneficiario en los casos dudosos, por regir el principio de irretroactividad de las normas de Seguridad Social, salvo que en ellas se disponga lo contrario" (Tribunal Supremo. Sentencia del 30 de abril de 2007).

Agrega la sentencia antes citada que: "La fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la IP (incapacidad permanente) en el

sentido indicado es, sin duda, la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de la Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables".

De las anteriores citas se resalta el elemento seguridad jurídica que es, precisamente, lo que se avala en este criterio general de interpretación, que imprime certidumbre de las responsabilidades que debe asumir cada parte en la adjudicación del derecho prestacional reclamado.

Para el jurista español Javier Sagardoy(7), como regla general para el caso del nacimiento de la pensión, "el hecho causante de la pensión de jubilación es el cese en la actividad productiva, así el hecho causante se produce el día del cese en el trabajo por cuenta ajena, si se está en situación de alta, por ello, la pensión nace el día siguiente al último trabajado, no el último en que se trabaja y, por tanto, cotiza".

Y establece las siguientes reglas a considerar: "Desde una situación asimilada al alta, el hecho causante se produce, a) En la situación de excedencia forzosa, el día en que se cese en el cargo; b) En el supuesto de trabajadores trasladados fuera del territorio nacional, el día del cese en el trabajo; c) En el caso de un trabajador con convenio especial en el Régimen General, se produce el hecho causante en el momento del cese en la situación recogida en el propio convenio especial, reuniendo los requisitos de edad y carencia; d) En el supuesto de trabajador mayor de cincuenta y dos años perceptor de subsidio por desempleo, se entiende producido en el momento en que cumpla la edad mínima necesaria para percibir la pensión de jubilación, anticipada u ordinaria; e) En los demás supuestos de asimilación al alta, el hecho causante se entiende producido el día de formulación de la solicitud.

En caso de situación de no alta ni asimilada, se entiende producido el hecho causante el día de la solicitud, surtiendo efectos la pensión desde el día siguiente a la formulación de dicha solicitud".

En el caso de la situación de incapacidad permanente, fija el siguiente criterio:

> "Desde la situación de denegación de incapacidad permanente por tener la edad ordinaria de jubilación y el resto de los requisitos

(7) Sagardoy Despacho de Abogados, en: <www.javiersagardoy.com/jubilación-definición-y-requisitos.html>.

> exigidos para esta, el hecho causante depende de las siguientes circunstancias: a) Si la extinción de la incapacidad temporal se produce por alta con propuesta de incapacidad permanente o por agotamiento por el transcurso del plazo máximo, el hecho causante será la fecha de extinción de la incapacidad temporal; b) Si el procedimiento para la declaración de la incapacidad permanente se inicia a instancia de parte, el hecho causante de la posterior jubilación será la fecha de solicitud de la incapacidad permanente, si el interesado ya había cesado en la actividad laboral y solicita la jubilación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución denegatoria de la incapacidad permanente. Por el contrario, será fecha del hecho causante la de la propia solicitud de jubilación, si esta se presenta pasados tres meses desde la denegación de la incapacidad permanente. Si el interesado no hubiera causado baja en el trabajo, la fecha del hecho causante de la jubilación será la del cese en el trabajo, si la solicitud de jubilación se presenta dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cese en el trabajo".

Es decir, la seguridad jurídica que impone la teoría del hecho causante es relevante para la determinación del momento que se adquiere el derecho, como cuando se cumplen los requisitos pensionales, o la fecha de cuando se produce el accidente que genera una incapacidad permanente, para establecer el acceso al derecho eventual, lo cual es de vital importancia en aras del interés general, la sostenibilidad financiera del sistema, frente a aquellos principios que tratan de ser protectorios pero que introducen mecanismos inseguros de la interpretación del derecho, que terminan imponiendo reglas particulares, que en mi opinión no deben ser de recibo en nuestra jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

La experiencia acumulada en defensa de la certidumbre y seguridad jurídica en pro de la aplicación de la regla jurídica vigente, sin remisiones a un pasado derogado por el legislador, por razones de interés general, tiene como sustento el carácter irretroactivo de la ley de seguridad social, al igual que el principio o regla de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y la prevalencia del imperio de la ley de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y funcionarios del Estado colombiano, sin excepción alguna, y sin que esto suponga una ruptura de la autonomía del juez competente, pues debe tenerse en

cuenta que el juez individual o colegiado tiene límites establecidos por la propia Constitución y la ley para la resolución de un conflicto de derecho, en especial en materias sociales, donde tiene que prevalecer el interés general sobre el particular, puesto que de hacer valer este último, el particular, se pone en grave riesgo el sistema general de seguridad social en pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 3ª ed. actualizada, De Palma, Buenos Aires, 1998.

VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1982.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 24.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia Rad. 40662, 15 febrero, 2011. Bogotá D.C., octubre, 2014.

LUCES Y SOMBRAS DEL NUEVO PROCESO LABORAL: UN ENFOQUE INTERNACIONAL

En homenaje a Mario Pasco Cosmópolis...

Al Maestro que fue, es y seguirá siendo para el Derecho Laboral latinoamericano...

A la persona que fue y será en mi recuerdo...

IRMA BONTES CALDERÓN[1]

Tema expuesto en el II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo realizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), celebrado en Piura del 27 al 29 de noviembre de 2013. Ensayo que formó parte de la Mesa Redonda: Luces y Sombras del Nuevo Proceso Laboral: un enfoque internacional. Este breve trabajo de investigación compara algunos de los aspectos más resaltantes tanto positivos como negativos que presenta la legislación procesal venezolana pasados más de diez años de su vigencia, ello con miras al aporte de sugerencias para su mejoramiento y mayor eficacia, tomando

(1) Abogada, egresada de la Universidad Santa María (Caracas). Postgraduada en Derecho Laboral por la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas), Especialización en Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca (Salamanca - España), VII Cursos de Postgrado en Derecho: Estudios sobre Problemas Actuales del Derecho del Trabajo. Florida International University (Miami - USA), Seminario Introductorio de Mediación. Universidad de Castilla - La Mancha (Toledo - España), I Curso de Postgrado en Derecho: Relaciones Laborales, Empleo y Protección Social en la Globalización. Universidad de Castilla - La Mancha (Toledo - España), Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales - OIT. Profesora de pre y postgrado. Socia del Despacho de abogados Varas - Longo Bontes & Asociados (VLB) Caracas, Distrito Capital.

como base las tendencias internacionales que en el ámbito procesal se están presentando en los últimos años en Latinoamérica.

I. INTRODUCCIÓN

Diez años después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana (LOPTRA)[2], y a la luz de la tendencia latinoamericana hacia los procesos eminentemente orales, corresponde evaluar los pro y los contras de nuestro sistema judicial con la implementación de esta ley para establecer una comparación con otros y determinar la eficacia del mismo en la protección de los derechos de los trabajadores; por lo tanto, brevemente se trabajará sobre los aspectos más meritorios de nuestro sistema procesal laboral, para de seguidas exponer sobre los mismos aspectos, cuáles han sido las trabas y finalizar con algunas ideas para una futura revisión del sistema.

II. LUCES Y SOMBRAS

Varios aspectos fundamentales debemos recalcar como marcadores positivos en estos diez años que han transcurrido de la implementación del proceso laboral venezolano tal como está concebido, impregnado de principios como oralidad, concentración, publicidad, celeridad, gratuidad, inmediatez, entre otros, sin embargo, estos mismos aspecto han encontrado sombras en su devenir, de los cuales se hará referencia a ocho específicamente, que en este momento siguen pareciendo los más relevantes; a saber:

1. **Utilización de los métodos de resolución alternativos de conflictos:** En nuestro sistema, la primera instancia del proceso se lleva en dos fases, una preliminar y una de juicio, esto implica la actuación de dos jueces distintos, el de **sustanciación, mediación y ejecución y el de juicio**. El primero de ellos, en el ejercicio de sus funciones y para lograr su objetivo debe no solo sustanciar el proceso, desde su depuración (despachos saneadores), hasta la provisión de medidas cautelares y recibo de las aportación probatoria, sino que está obligado a tratar de conciliar o mediar la postura

(2) Ley Orgánica Procesal del Trabajo publicada en Gaceta Oficial Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002.

de la partes para lograr obtener un acuerdo voluntario; para ello no solo propone soluciones directas o plantea opciones, **sino que puede adelantar su opinión sobre el caso.** Ello es así, porque este no es el juez que decide, por lo tanto tiene libertad para inducir a las partes a llegar a un arreglo sin comprometer, la decisión que en definitiva pueda recaer sobre el juicio, de no llegarse a una resolución compuesta entre las partes. Hay que agregar que la posibilidad del aporte del acervo probatorio antes de la trabazón de la litis, ha sido de gran utilidad para lograr la solución compuesta a través de la mediación o conciliación, pues las partes de forma anticipada al juicio, saben sus fortalezas y/o debilidades, con lo cual se ven compelidas en mayor o menor grado a lograr una acuerdo vía transaccional. **Sombra.** Como sombra a este aspecto, se deben señalar que existe en Venezuela un sistema de estadísticas para evaluar a los jueces, de acuerdo al número de causas resueltas en esta fase preliminar de la primera instancia. Esta forma de evaluar genera en muchos jueces un apremio, que se refleja a veces en la parte patronal, casi obligando a sus representantes a presentar propuestas en casos cuyas posturas son irreconciliables con las de su contraparte, so pena de sanción; y a veces se refleja en la presión dirigida a los trabajadores, constriñéndolos a aceptar arreglos o propuestas, no solo por debajo de sus expectativas reales, sino incluso, en el borde de la dimisión de derechos, de suyo, irrenunciables. Por otra parte, el arbitraje, como método de resolución de conflicto no ha entrado en acción pues, a pesar de estar regulado en la ley, quizás el hecho que las partes deben asumir el costo de los honorarios de los tres árbitros se ha convertido en un inhibidor de su utilización, ello a pesar de que si lo solicita el trabajador y no los puede pagar, el Estado está obligado a correr con los mismos.

2. **En materia probatoria:** El proceso laboral venezolano proveyó al juez de amplísimas facultades, como rector y director del mismo, entre ellas modificó el sistema probatorio tradicional, y se permite entonces al juez (de juicio), no solo presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, sino solicitar la evacuación de otras adicionales con miras a obtener la certeza suficiente para establecer la verdad verdadera. Adicionalmente, se modificó el sistema de valoración de las mismas, de la **tarifa legal** se pasó a la **sana crítica**, que implica la unión de la lógica y la experiencia, aun cuando la misma legislación, permite que frente a la duda en la **valoración de una prueba**, se prefiera la más favorable al trabajador, y allí caemos en la apreciación que el juez tenga al respecto, lo que puede derivar en la aplicación del modo de **libre convicción**. **Sombra.** Pese a las ventajas evidenciadas, subsiste en la legislación venezolana, una norma que extiende los alcances

del tradicional principio *in dubio pro operario*, más allá de la interpretación de las normas, **abarcando las dudas en la apreciación de los hechos**, esto no ha sido aceptado de manera pacífica en el foro judicial venezolano, lo cual llevó a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2007, a establecer los límites para su aplicación, señalando que no pueden alterarse los términos legales de la carga de la prueba; pese a ello, la realidad es que los hechos o acontecimiento no son generadores de dudas, simplemente existen, lo que puede generar dudas son las pruebas destinadas a probar el por qué de la ocurrencia de los mismos.

3. **En materia de sanciones o restricciones:** originalmente se pensó que el exceso de sanciones ante la incomparecencia de las partes a cualquiera de los actos fijados (desistimiento o admisión de hechos), atentaban contra el debido proceso; contrario a ello, la práctica ha demostrado que la estructura del proceso tal cual fue concebida, atenuada por la jurisprudencia, ha permitido afirmar la celeridad, concentración e inmediatez, de manera tal que se garantiza con ello una real tutela judicial, con la cual se asegura al ciudadano a través de la jurisdicción la posibilidad de exigir del Estado que sus intereses subjetivos sean protegidos de forma eficaz. **Sombra.** Por otro lado, uno de los componentes propios de la tutela judicial efectiva y de la garantía del debido proceso es **el acceso a la justicia** (art. 26 CRBV[3]), y a juicio de quien suscribe, la recién promulgada ley sustantiva laboral - LOTTT (2012)[4], lesionó este derecho constitucional, al obligar a los justiciables a cumplir con las decisiones pronunciadas en sede administrativa, como condición **sine qua non** para acceder a la jurisdicción, es decir, para obtener la nulidad del pronunciamiento que entiende cualquiera de las partes vulnera sus derechos, debe previamente cumplir con lo establecido en la decisión administrativa, caso contrario, no podrá solicitar su nulidad.

4. **Procedimiento único:** otra de las ventajas que evidenciaba nuestro sistema es que la ley adjetiva previó un único procedimiento de doble instancia para la tramitación de todas las causas (de estabilidad, prestacionales e indemnizatorias); procedimiento predominantemente oral, público, concentrado,

(3) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000 promulgada por la Asamblea Nacional en fecha 20 de diciembre de 1999.

(4) Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores, y las Trabajadoras publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012, Decreto Nº 8.938 del 30 de abril de 2012.

que garantiza la celeridad e inmediatez y que **por su estructura en lapsos y en sanciones previstas para las partes y para el juez,** reafirma al justiciable la posibilidad de obtener una repuesta expedita de la jurisdicción en la búsqueda de la tutela de sus derechos subjetivos. **Sombra.** Frente este procedimiento, se interpusieron tres obstáculos: 1) el mantenimiento en sede administrativa de la **protección a la inmovilidad**, dejando tan complicada materia no a la jurisdicción sino a un órgano de inspección, donde si los lapsos no se cumplen, no hay sanción para funcionario competente; 2) la subsistencia por más de diez años de una inamovilidad generalizada a nivel nacional oficializada a través de decretos especiales, frente a la garantía de estabilidad constitucionalmente concebida, antes relativa ahora absoluta, lo que conlleva a que todas las causas de despido sean resueltas actualmente en sede administrativa, con un atraso de más de tres años en los casos relativos a la obtención de la autorización de despido justificado; y 3) la creación de nuevos procedimientos contenidos en la ley sustantiva de 2012, que abarcan competencias y ostentan facultades que solo se atribuyen a la jurisdicción en cualquier otro país (sanciones privativas de libertad por incumplimiento o desacato, entre otras), y la aplicación del proceso contencioso-administrativo y del proceso civil ordinario, en tribunales del trabajo, cuya estructura no estuvo pensada para este tipo de procesos, independientemente que esto sea producto del "llamado fuero atrayente".

5. **Citación vs. notificación:** si miramos diez años hacia atrás, uno de los aspectos donde más se invertía (o perdía) tiempo en el proceso, precisamente era en la citación del demando y luego en las posteriores notificaciones que durante el mismo se debían hacer de las partes de acuerdo al estatus del caso; y es que en Venezuela a pesar de que la ley que regía la materia –Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo[5]– establecía un procedimiento específico y prevalente (citación personal), todo lo que esta no dispusiera en materia de comparecencia de las partes era regido supletoriamente por el Código de Procedimiento Civil[6], con todas las formalidades que este comporta. Actualmente, se habla de notificación; esta **es única para toda la duración del proceso** y tiene que ver con la estricta incorporación del demandado al mismo. Cinco son las formas que se previeron

(5) Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 26.226 de fecha 19 de noviembre de 1959.

(6) Código de Procedimiento Civil publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.209 Extraordinario de fecha 18 de setiembre de 1990.

para la notificación: por **carteles**, la cual sustituyó a la citación personal que señalaba la ley anterior y es la de mayor uso; **voluntaria**; por **medios electrónicos**; a través de **notario** y por **correo certificado**. **Sombra:** Hay que señalar que a pesar que la notificación no reviste las formalidades que tiene o tenía el acto de citación, por ley, cuando se notifica por carteles es obligatorio que el secretario del tribunal **certifique** de forma expresa la actuación del alguacil, encargado de notificar; es decir, no basta que el funcionario que realiza la gestión consigne en el expediente las resultas de la misma, obliga la norma a la certificación de tal actuación, caso en el cual, si no existe, no empieza a correr el lapso de comparecencia y, a veces por el volumen de trabajo, los secretarios tienden a demorarse en certificar las notificaciones realizadas. Amén de lo anterior, si bien la notificación por carteles es más eficiente que la citación procesalmente concebida, sigue ligada en nuestra ley adjetiva a que la misma se efectúe en determinados representantes en el caso de las personas jurídicas (art. 46 LOTTT), lo cual genera obviamente las demoras propias del trámite.

6. **Uso de la tecnología:** En Venezuela manejamos la doble instancia, por tanto ha sido fundamental el uso de medios tecnológicos para la grabación de las audiencias; no solo por el ahorro de tiempo en el levantamiento de actas que generaría cada audiencia o acto público, sino también por la posibilidad que tiene el juez superior de revisar, además de la sentencia (y expediente), el video obtenido del discurrir de la primera instancia. Igualmente a las partes, que pueden obtener libremente copias de los mismos, esta herramienta les permite en caso de apelación o del ejercicio del recurso de casación, observar al detalle la actuación de la contraparte (testigos, expertos, etc.), y prepararse profusamente para el ejercicio de su recurso. **Sombra:** Lamentablemente, a pesar de la época tecnológicamente avanzada en que vivimos, dos obstáculos presentan nuestros tribunales en cuanto a la grabación de las audiencias, el **primero** la excesiva demora en otorgar a las partes copia de las reproducciones de las audiencias (de primera instancia), en algunos casos, superando el lapso establecido para la celebración de la audiencia de apelación, con lo cual pierde sentido ya su obtención. En **segundo** lugar, y para salvar el obstáculo anterior, la imposibilidad que las partes graben con sus propios medios dichas audiencias, esto no lo prohíbe la ley, pero nada señala al respecto, así que se opta solamente por dejar constancia de la no grabación (art. 162 LOPTRA), cuando los medios audiovisuales no funcionan y no se pueden ubicar otros, o diferir la audiencia para otra fecha. Hay que agregar además, que en materia de uso de la tecnología, y vinculado

con el punto anterior, **la notificación por medios electrónicos** después de diez años, no ha podido ser implementada, ello en virtud de que la ley que regula esta materia indica que para practicar la notificación por los medios electrónicos, debe ser creada la firma electrónica para los órganos jurisdiccionales (para todas las entidades públicas o privadas), y esto se haría a través de un proveedor de servicio de certificación, mas en la actualidad no se cuenta con este proveedor ni con la estructura necesaria establecida por el Decreto-Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas(7), para hacer uso de este medio de notificación.

7. **Principio de congruencia:** En nuestra ley existe una norma que fue muy cuestionada en su momento por establecer la posibilidad del juez de establecer una condena adicional a lo peticionado por el demandante, artículo 6 parágrafo único de la LOPTRA; sin embargo no somos el único país con esta posibilidad, antes que Venezuela estaban Colombia (art. 50), Bolivia (art. 202), Panamá (art. 535), el Salvador (art. 419), Nicaragua (art. 266), Paraguay (art. 229) y algunas provincias de Argentina (Salta, Mendoza, Neuquén y Córdoba), ahora también está Perú (art. 31 NLPT), y de manera tímida se puede mencionar a Brasil que tiene solo dos circunstancias que lo permiten (arts. 467 y 496 CLT). La norma se basó en principio inquisitivo del derecho procesal laboral y se fundamentó en el "interés social o naturaleza pública e irrenunciable de los derechos laborales", lo interesante es que no se trata de suplir todas las deficiencias del demandante, sino que se requiere que lo concedido (de manera adicional) haya sido discutido en el juicio y los hechos que lo fundamentan estén allí probados. Nuestra legislación admite, por lo tanto, la *ultra petita* y la *extra petita*; otras, solo admiten una sola de las dos situaciones reparadoras. **Sombra:** La crítica a este aspecto viene dada por el hecho que en materia prestacional los jueces son tímidos o cuidadosos y tienden a conceder lo peticionado y probado exclusivamente, lo que no significa que sean los mismos montos demandados, pues generalmente se ordena hacer una experticia complementaria del fallo para evitar los errores de cálculos, y dicha experticia lo hace un tercero (experto). Las pocas sentencias donde se observa que se conceda prestaciones adicionales *ex professo* o superiores a las solicitadas, normalmente vienen de errores de interpretación que, cuando se discuten en una instancia superior, son revertidas.

(7) Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001, Decreto con fuerza de Ley Nº 1.204.

8. **Jurisprudencia vinculante:** Finalmente, es de destacar que nuestra ley contenía una norma que establecía que la doctrina de casación creada por Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia era de **carácter vinculante para los jueces de instancia** (art. 177 LOPTRA); con lo cual se perseguía en cierta forma la unificación y uniformidad de la jurisprudencia, y se entendía garantizada la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, es decir la estabilidad y certeza en la interpretación y aplicación del derecho y la expectativa razonable de que casos similares serían resueltos conforme a iguales criterios interpretativos. **Sombra:** El 29 de octubre de 2009, la sentencia 1389 de la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, **desaplica por control difuso y de "forma vinculante"** el artículo 177 de la LOPTRA, basada fundamentalmente en que las únicas sentencias que tienen carácter vinculante, son las de la Sala Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución (335 CRBV). El 20 de octubre de 2013, la misma Sala, **anula** en forma definitiva el mencionado artículo, y concluye que la jurisprudencia **no es fuente directa de derecho,** aun cuando reconoce su carácter relevante, en virtud de la función correctora de la actividad de los tribunales de instancia, y "(…) el fin de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, en atención a los principios de confianza legítima de los justiciables (…)" debe comporta*r* "[la] flexibilidad para adaptarse a los cambios que demanda la sociedad (…)"; por otra parte, señala la Sala que los jueces, para tomar decisiones deben adoptar las mismas de acuerdo al caso concreto, basados en los principios de legalidad, equidad y justicia, **vinculado únicamente al ordenamiento jurídico y la interpretación que de forma autónoma realice de este ordenamiento**. La interpretación dada a este artículo por la Sala de Casación Social fue tan extrema y ató tanto a los jueces que acabó con su real sentido, yéndose ahora al extremo, donde pareciera que la interpretación autónoma e individualizada que puede generar decisiones hasta contradictoria para supuestos de hechos similares, sería lo que impera en adelante.

III. CONCLUSIONES

Es un sinsentido criticar sin aportar soluciones o ideas que coadyuven a las mejoras de nuestro sistema procesal laboral, por lo tanto, a tales fines dejo unas ideas, algunas propias y otras prestadas del foro jurídico nacional. De hecho, la misma LOPTRA preveía una revisión de su texto a los cinco años de su

entrada en vigencia, revisión que no se ha realizado a la fecha de culminación del presente trabajo; por lo tanto, es buen momento para sugerir algunos cambios y tomar lo que funciona en países tan similares al nuestro, para evaluar nuevos planteamientos.

Cuando se revisa y se analiza el por qué de la tendencia a estos cambios en los procesos laborales en nuestro continente, se puede concluir que una de las razones de mayor peso es la celeridad, y es hacia allá donde vamos a enfocar las propuestas, a saber:

1. Reducir el tiempo de la audiencia preliminar, que en Venezuela está prevista para una duración de cuatro meses y sus prolongaciones no se dan al día hábil siguiente como lo señala la ley, sino de acuerdo a la agenda del tribunal; ello aun cuando las partes en las primeras reuniones hayan claramente establecido la imposibilidad del acuerdo compuesto, pues por instrucción del órgano rector, los jueces están obligados a dejar vencer el lapso señalado.

2. La notificación, aun cuando mejor que la citación prevista con anterioridad, requiere reducir aún más sus formalidades, pues la misma sigue generando un atraso considerable al proceso al tener que identificarse a ciertos representantes del empleador para realizar la misma. Igualmente debe eliminarse la notificación prevista después del primer despacho saneador para que el demandante subsane los errores del libelo, pues si este interpuso la demanda, debe estar consciente de los lapsos para revisar si la misma fue o no admitida y subsanar sin necesidad de su notificación. En cuanto a este punto, obviamente hay que agregar que debe simplificarse e implementarse efectivamente la notificación electrónica, creando un órgano específicamente para la certificación de este tipo de correos para los órganos jurisdiccionales (laborales), sin esperar que se cree el competente para el sistema nacional.

3. En materia igualdad procesal, siendo una ley adjetiva y a pesar de que la ley sustantiva a la cual sirve está dirigida a los trabajadores, debió preverse en la misma las circunstancias para cuando es el empleador el accionante, aun cuando estas sean mínimas; en nuestra ley no se establece, por ejemplo, cómo se notifica a un trabajador cuando su deuda proviene de la relación laboral, o cuando se le va hacer una oferta de dinero, ni cómo se notifica a un sindicato que puede ser accionado por un trabajador, etc. Deben preverse reglas

claras, pues aunque insistimos, pocos son los casos, cuando se presentan, más es el tiempo que se pierde tratando de determinar cómo se debe actuar al respecto, que lo que puede durar el procedimiento.

4. Otra práctica que debe ser regulada es la suspensión del proceso para la evacuación de pruebas emanadas de terceros o en la espera de las resultas de las pruebas de informes, pues nuestros jueces aun gozando del principio inquisidor, solo se limitan a esperar que lleguen las mismas, sin generar ninguna actuación en favor de su procura, si la parte promovente no lo solicita. El interesado en la prueba que no llega para la fecha de la audiencia de juicio, debe indicar y demostrar el por qué es indispensable la misma, y el juez, so pena de sanción, debería avocarse a su obtención; esta simple regla ahorraría un tiempo valioso en cada proceso.

5. Una última sugerencia, por ahora, es volver al procedimiento único de nuestra ley adjetiva. No es factible que en los tribunales laborales venezolanos, cuya estructura está diseñada para atender específicamente los conflictos derivados del binomio trabajadores-empleadores, se estén llevando procesos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa donde los vicios que se discuten mayormente no están relacionados con el conflicto intersubjetivo originario (art. 25.10 LOJCA[8] y arts. 422 y 423 LOPTRA), ni es posible que algunos tribunales laborales lleven procesos de conformidad con el Código Civil, aun asumiendo que son competentes por la materia. Asimismo, es inaceptable que la protección superior a la estabilidad en el trabajo, es decir, la inamovilidad, esté en manos de órganos de inspección, donde se quiera o no, los lapsos son totalmente irrespetados, sin ninguna sanción plausible para el funcionario correspondiente; debe o bien derogarse la inamovilidad especial, para que operen efectivamente los tribunales en materia de estabilidad, o pasarse los procesos de esta índole a la jurisdicción laboral.

(8) Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reimpresa por error material publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

SUSTRATO IDEOLÓGICO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS (VENEZUELA)

Partir saben las hojas y los muertos
en la hora infinita. Al norte, al sur,
adonde el viento nos lleve al fin, girando sin pausa, al soplo del enigma.

Eugenio Montejo, El adiós de Jorge Silvestre.

CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA[1]

1. El día 30 de abril de 2012, sin que antes se hubiese presentado un proyecto normativo para su discusión y debate, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela **sancionó** el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT), aduciendo la facultad prevista en el artículo 1, numeral 9 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República a Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, del 17 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.009 Extraordinario, de la misma fecha[2].

(1) Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela): Jefe del Departamento de Derecho Social, Jefe de la cátedra de Derecho Colectivo y Procesal del Trabajo, profesor de Conflictos Colectivos de Trabajo en la Especialización en Derecho del Trabajo, y de Derecho Colectivo del Trabajo en la Facultad de Derecho. (carballomena@gmail.com / @carballocesar).

(2) Las materias objeto de delegación legislativa aparecen prolijamente enumeradas en su artículo 1: 1)

2. El modelo de relaciones laborales que consagra dicho instrumento normativo concibe al **trabajo** como instrumento **colectivo** para la realización de los objetivos estatales y lo denomina **proceso social de trabajo**; lo cual entraña el explícito cuestionamiento del régimen capitalista de producción y, como consecuencia de ello, de los **clásicos poderes patronales**, de la *empresa* como conjugación de los factores de la producción con **fines de lucro**, y del **carácter autónomo** de las organizaciones sindicales.

3. En virtud de lo expuesto en el párrafo que antecede, se insertan en el DLOTTT las pautas que habrán de impulsar la **transición** hacia un **modelo alternativo de producción socialista** mediante el progresivo control del proceso productivo por parte de los **consejos de trabajadores** como instancias adscritas al **poder popular**.

4. En el sentido expuesto cabe señalar, en primer término, que el artículo 16 DLOTTT, contentivo de las **fuentes** del Derecho del trabajo, incorporó el denominado **árbol de las tres raíces**(3), es decir, "el ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano" (literal *h*, *in fine*):

   4.1. El ideario Bolivariano puede traducirse en el objetivo general, proclamado por el Libertador en su discurso del 15 de febrero de 1819 ante el Congreso de Angostura, de persecución de **la mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social, y mayor suma de estabilidad política**(4). También se le ha endilgado como rasgo fundamental su "visión antiimperialista y necesidad de unión de los países nuestroamericanos"(5).

Atención a las necesidades humanas vitales y urgentes derivadas de las condiciones sociales de pobreza y de las lluvias, derrumbes, inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental. 2) Infraestructura, transporte y servicios públicos. 3) Vivienda y hábitat. 4) Desarrollo integral y uso de la tierra urbana y rural. 5) Ámbito financiero y tributario. 6) Seguridad ciudadana y jurídica. 7) Seguridad y defensa integral. 8) Cooperación internacional; y 9) Sistema socioeconómico de la Nación.

En puridad, ninguno de los ámbitos enumerados abarca lo concerniente al régimen jurídico del trabajo dependiente y por cuenta ajena: aunque en el apartado referente al sistema socioeconómico de la Nación se alude a las políticas laborales, debe advertirse que el legislador circunscribió la habilitación presidencial a "dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el Título VI de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" (artículo 1.9), siendo que los derechos laborales aparecen contemplados en su Título III (De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes), Capítulo V (De los Derechos Sociales y de las Familias).

(3) PARTIDO SOCIALISTA UNIDO DE VENEZUELA. *Libro Rojo*. PSUV, Caracas, 2010, p. 38. <http://www.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2014/04/Libro-Rojo.pdf>.

(4) BOLÍVAR, Simón. *Obras completas*. V. III, Ed. Pool Reading, Caracas, 1975, p. 683.

(5) PARTIDO SOCIALISTA UNIDO DE VENEZUELA. Ob. cit., p. 39.

4.2. La mención al pensamiento de Ezequiel Zamora, líder liberal durante la Guerra Federal (1859-1863), evoca la "lucha por la propiedad social de la tierra, su enfrentamiento a los poderes oligárquicos y su programa de protección social"[6]. Dichas orientaciones, injertadas en la esfera de las relaciones laborales, podrían referir a la confrontación entre **clases sociales** por virtud de la opresión que ejerce el capital sobre el trabajo, y que, en términos del artículo 25 DLOTTT, supone trazar como objetivo esencial del nuevo modelo normativo la superación de "las formas de explotación capitalista". Como habrá luego oportunidad de exponer con mayor detalle, este objetivo sería alcanzado, en el marco del diseño legislativo que se comenta, mediante los **consejos de trabajadores** (artículos 497 y 498 DLOTTT) como titulares del derecho a gestionar el **proceso social de trabajo** en representación del poder popular y sustituyendo al patrono privado y su afán de lucro, para, en su lugar, propender a la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la comunidad en cuyo ámbito espacial se encuentre ubicada la respectiva entidad de trabajo.

4.3. Finalmente, el componente **robinsoniano**, es decir, relativo a la doctrina de Simón Rodríguez, filósofo y educador venezolano (1769-1854), quien utilizó el heterónimo Samuel Robinson durante sus años de exilio de la América española, aporta **el desarrollo de la educación popular liberadora que entraña el desempeño de un oficio socialmente útil**[7].

En este orden de ideas, el DLOTTT desarrolla en su Título V (artículos 293-329) lo concerniente al **proceso social de trabajo** como ámbito idóneo para la **formación** de los trabajadores en el área escolar, técnica y tecnológica (arts. 311 y 312), la **autoformación colectiva** de la clase trabajadora (art. 313), y la interacción con la **colectividad** (art. 319).

A estos fines y revelando su trascendencia, el ministerio del poder popular para el trabajo y seguridad social, denominado en la actualidad ministerio del poder popular para el **proceso social de trabajo** (Decreto Nº 818 de 29 de abril de 2014, publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.401 de la misma fecha): a) Adscribió el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES), anteriormente bajo tutela del ministerio del

(6) Ídem.
(7) Ídem.

poder popular para la educación (Decreto de la Presidencia de la República Nº 843 de 24 de marzo de 2014, publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.378 de la misma fecha); y b) Creó el Despacho del Viceministro o de la Viceministra para Educación y el Trabajo para la Liberación (artículo 1, numeral 14.2 del Decreto Nº 730 de 9 de enero de 2014, publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.330 de la misma fecha).

5. El objetivo de **construir el socialismo**, bajo el impulso de las **fuentes materiales** antes apuntadas, encarna en la concepción del **proceso social de trabajo** como **núcleo axiológico** del DLOTTT[8]:

> La legislación tiene por objeto la eficaz tutela del **trabajo** concebido, junto con la **educación**, como **procesos sociales** a través de los cuales el Estado ha de alcanzar la satisfacción de sus fines esenciales, entre los que destacan la plena y eficaz atención de las necesidades materiales, morales e intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza (arts. 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1, 18 y 24 DLOTTT).

6. Con mayor precisión el artículo 25 DLOTTT advierte que el *proceso social de trabajo* tiene como objetivo esencial:

> "**superar las formas de explotación capitalista, la producción de bienes y servicios que aseguren nuestra independencia económica, satisfagan las necesidades humanas mediante la justa distribución de la riqueza** y creen las condiciones materiales, sociales y espirituales que permitan a la familia ser el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas y lograr una sociedad justa y amante de la paz, basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria de los trabajadores y las trabajadoras en los procesos de transformación social, consustanciados con el ideario bolivariano. En consecuencia, el proceso social de trabajo debe contribuir a garantizar:
>
> 1. La **independencia y la soberanía nacional, asegurando la integridad del espacio geográfico de la nación.**

(8) CARBALLO MENA, César Augusto. *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial sobre el Tiempo de Trabajo*. Colección Textos Legislativos Nº 54. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 34.

2. La **soberanía económica** del país asimilando, creando e innovando técnicas, tecnologías y generando conocimiento científico y humanístico, en función del desarrollo del país y al servicio de la sociedad.

3. El desarrollo humano integral para una existencia digna y provechosa de la colectividad generando fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional y crecimiento económico que permita la elevación del nivel de vida de la población.

4. La **seguridad y soberanía alimentaria sustentable**.

5. La protección del ambiente y el uso racional de los recursos naturales (…)".

7. La descrita concepción del **trabajo** como **proceso social** abandona la perspectiva de la relación de trabajo como vínculo jurídico por cuya virtud una persona natural pone a disposición de otra, natural o jurídica, su fuerza de trabajo a cambio de una retribución, para, en su lugar, afrontarla desde una **perspectiva colectiva** y **orientada a la satisfacción de los fines del Estado**, impulsando así la **administrativización** o **publicización** de dicha interacción jurídica y justificando exorbitantes injerencias estatales.

8. En definitiva, la noción de **proceso social de trabajo** tiñe de **utilidad pública** las relaciones de trabajo sin importar el ámbito en que se desenvuelvan, tal como lo evidencia el artículo 148 DLOTTT, por cuya virtud el riesgo de deterioro o pérdida de la entidad de trabajo, cualquiera sea su naturaleza y trascendencia, legitima su intervención, incluso de oficio, por parte del inspector del trabajo competente, a los fines de constituir una **instancia de protección de derechos** con participación de los trabajadores, las organizaciones sindicales que representen sus intereses y el patrono.

9. Cabe referir tangencialmente que una perspectiva análoga se inserta en la Ley Orgánica de Precios Justos (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Nº 600 de 21 de noviembre de 2013, emanado de la Presidencia de la República y publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.340 de 23 de enero de 2014), destinada a impulsar la construcción del socialismo, como se expresa en la exposición de motivos y en su artículo 1 *in fine*, y cuyo artículo 7, en armonía con la noción del **proceso social de trabajo, declara de utilidad pública e interés social** "todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación,

acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios", independientemente de su trascendencia social o económica. Con base en dicha normativa se imponen **costos** y **márgenes de ganancia razonables** para asegurar **precios justos**.

10. La concepción del **proceso social de trabajo** ejerce, en el ámbito del DLOTTT, marcado influjo sobre las nociones de **trabajador y patrono**, como sujetos de la **relación de trabajo**, y de *empresa* como combinación de los factores destinados a la producción de bienes o prestación de servicios bajo la organización, dirección y disciplina patronales:

10.1. El **trabajador**:

10.1.1. Es definido como "toda persona natural que preste servicios personales en el **proceso social de trabajo** bajo dependencia de otra persona natural o jurídica" (art. 35 DLOTTT). A diferencia de la definición que consagraba el artículo 39 la derogada Ley Orgánica del Trabajo, la antes transcrita omite el presupuesto de prestación del servicio **por cuenta ajena o ajenidad**.

10.1.2. La aludida **ajenidad**, según apuntan la doctrina y jurisprudencia[9], comprende tres manifestaciones concretas:

a) **Ajenidad en la combinación de los factores de la producción**, es decir, que el trabajador presta servicios en la esfera del proceso productivo que otro, el patrono, organiza, dirige y disciplina.

b) **Ajenidad en la renta o frutos del proceso productivo**, los cuales son apropiados originariamente, *ab initio*, por el patrono, mientras que al trabajador solo corresponden los salarios convenidos; y

c) **Ajenidad en los riesgos que dimanan del proceso productivo**, correspondiéndole al patrono soportarlos como consecuencia natural de la apropiación originaria de los frutos o réditos.

(9) CARBALLO MENA, César Augusto. Ob.cit., p. 18.

10.1.3. En consecuencia, la supresión de la **ajenidad** como presupuesto de la definición de **trabajador** pareciera cuestionar, prima facie, los poderes patronales fundados en la titularidad de los medios de producción y, con base en ello, la apropiación de sus réditos o frutos. Una manifestación concreta de ello la configura la supresión de la titularidad patronal de las invenciones o mejoras obtenidas por trabajadores contratados a tales fines o cuando las facilidades empresariales hubiesen resultado determinantes (arts. 80-82 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo) para, en su lugar, atribuir dicha titularidad, en el ámbito del Sector Privado de la economía, al trabajador que produjo la invención, innovación o mejora, o considerarlas de dominio público cuando se produzcan en la esfera del Sector Público o hayan sido financiadas a través de fondos públicos, sin desmedro de los derechos morales de su autor (arts. 320 y siguientes DLOTTT).

10.2. El **patrono** es definido como "toda persona natural o jurídica que tenga bajo su dependencia a uno o más trabajadores (…), en virtud de una relación laboral en el **proceso social de trabajo**" (artículo 40 DLOTTT).

A diferencia de lo que previó el artículo 49 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, la definición de patrono vigente prescinde del atributo de tener **a su cargo** la empresa, explotación o faena, esto es, la legitimación de los poderes de organización, dirección y disciplina del proceso productivo. Esta omisión guarda relación directa con la **ajenidad**, presupuesto suprimido a propósito de la definición legal de **trabajador**, toda vez que en la inteligencia de la DLOTTT la titularidad de los medios de producción que ostenta el patrono no le atribuye monopólicamente el poder de organización, dirección y disciplina del proceso productivo.

Tratándose de un **proceso social** que sirve a la satisfacción de los fines del Estado, su ordenación no puede quedar librada a los intereses particulares del patrono privado.

10.3. La **empresa**:

10.3.1. Aparece como especie del género **entidad de trabajo** y concebida como la "unidad de producción de bienes o servicios

constituida para realizar una actividad económica de cualquier naturaleza o importancia" (art. 45.a DLOTTT). Si se contrasta la definición transcrita con aquella que contenía el artículo 16 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, se verifica la supresión de los **fines de lucro** que se atribuían a la noción de **empresa**. Luce obvio que si el **proceso social de trabajo** sirve a la satisfacción de los fines del Estado, entre estos no cabe incluir al lucro.

10.3.2. En este mismo orden de ideas, cabe advertir que la riqueza derivada del trabajo es declarada como **producto social** (art. 96 DLOTTT), lo cual sugiere que los excedentes o beneficios de la entidad de trabajo habrán de **reinvertirse en la sociedad**, en lugar de ser apropiados por el patrono y/o los trabajadores en satisfacción de sus intereses particulares, reproduciéndose así el modelo de las unidades productivas organizadas bajo el modelo de **propiedad social** (ver arts. 6.21, 10 y 24.7 de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal[10]) y previniendo el surgimiento de subclases privilegiadas a lo interno de la clase trabajadora[11].

La hipótesis expresada serviría para explicar la aparente paradoja que entraña el DLOTTT: proclama que la **riqueza** es producida **principalmente** por los trabajadores y que debe ser distribuida con *justicia* (arts. 96 y 100.2) y, sin embargo, preservó el quince por ciento (15 %) de participación de los trabajadores sobre los beneficios líquidos de la entidad de trabajo que consagraba la derogada Ley Orgánica del Trabajo (art. 174).

11. El DLOTTT impone a las organizaciones sindicales la protección, defensa y desarrollo de los intereses del **conjunto del pueblo**, así como la **independencia** y **soberanía nacional** (art. 365), lo cual entraña su **desnaturalización** puesto que se les extienden funciones típicamente estatales, extrañas a la tutela de los intereses de clase o categoría profesional, en detrimento de su actuación **autárquica**.

(10) 21 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.011 Extraordinario de la misma fecha.

(11) LEBOWITZ, Michael. *Lecciones de la autogestión yugoslava*. Traducido por Chesa Boudin y revisado por Marta Harnecker en: <http://www.nodo50.org/ cubasigloXXI/taller/lebowitz_310505.pdf>, 2004, pp. 6, 7 y 9.

En este sentido, se precisan como funciones sindicales la **producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo, el control y vigilancia sobre los costos y las ganancias para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo** (objetivo del referido Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos), y **la promoción de la responsabilidad con las comunidades** (art. 366, numerales 2, 3 y 4 DLOTTT).

Dicha *estatización* de las funciones sindicales trasgrede frontalmente los principios contenidos en el Convenio Nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación:

> "(…) los gobiernos no deberían tratar de transformar el movimiento sindical en un instrumento político y utilizarlo para alcanzar sus objetivos políticos (…)"(12).

> "En relación con disposiciones legales según las cuales 'los sindicatos organizan y educan a los obreros y a los empleados (...) a fin de (...) defender el poder del Estado socialista', 'los sindicatos movilizan y educan a los obreros y a los empleados para que (...) respeten la disciplina del trabajo', 'organizan a los obreros y a los empleados llevando a cabo campañas de emulación socialista en el trabajo', y 'los sindicatos educan a los obreros y a los empleados (...) a fin de reforzar sus convicciones ideológicas', el Comité estimó que las funciones que se atribuyen a los sindicatos en ese conjunto de disposiciones contribuyen necesariamente a limitar su derecho de organizar sus actividades, lo cual está en contradicción con los principios de libertad sindical. Estimó que las obligaciones así definidas que han de respetar los sindicatos impiden que se creen organizaciones sindicales independientes de los poderes públicos y del partido dirigente y que puedan dedicarse realmente a defender y promover los intereses de sus mandantes y no a reforzar el sistema político y económico del país"(13).

(12) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical*. 5ª ed., párrafo 499, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, 2006, p. 110. En: <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090634.pdf>.

(13) Ibídem, párrafo 506, pp. 111 y 112.

12. Por último, resulta conveniente advertir que los ajustes conceptuales antes reseñados abren espacio para la emergencia del **consejo de trabajadores** como nuevo actor protagónico en el sistema de relaciones laborales:

12.1. Dicho sujeto colectivo es concebido como instancia del **poder popular** al que se atribuye la **gestión** de la entidad de trabajo con la finalidad de producir bienes y servicios que satisfagan las necesidades del pueblo (arts. 497 y 498 DLOTTT).

12.2. Los **consejos de trabajadores** ya aparecían previstos como expresiones de la **comunidad organizada**, articulados en alguna instancia del **poder popular** (consejo comunal, comuna, ciudad comunal, o sistemas de agregación comunal) y registrados ante el ministerio del poder popular con competencia en materia de participación ciudadana (arts. 8.5 de la Ley Orgánica del Poder Popular(14) y 4.5 de la Ley Orgánica de las Comunas(15)).

La vinculación de los **consejos de trabajadores** con el poder popular fue ratificada, como antes se apuntó, en el artículo 497 DLOTTT: "los consejos de trabajadores y trabajadoras son expresiones del Poder Popular para la participación protagónica en el proceso social de trabajo (…)".

12.3. Nada precisan las leyes que integran el régimen jurídico del **poder popular** en relación con el ámbito de actuación y funciones de los consejos de trabajadores.

No obstante, cabría especular que estas instancias de expresión de la comunidad organizada no encajan en el seno de las **organizaciones socioproductivas**, es decir, las unidades de producción de bienes y servicios que se organizan con base en la **propiedad social** y que aparecen reguladas en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal(16), no solo porque no aparecen mencionadas en dicha Ley sino, sobre todo, porque su actuación en tal ámbito carecería de objeto: si los **consejos de trabajadores** representan los intereses de la comunidad en la esfera de ciertas unidades productivas, no tendría sentido que actuasen precisamente en aquellas

(14) 21 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.011 Extraordinario de la misma fecha.
(15) Ídem
(16) Ídem.

bajo el control de la comunidad, como es el caso de las **organizaciones socioproductivas**.

12.4 Con base en lo antes expresado, los **consejos de trabajadores**, dentro del perímetro de las leyes del **poder popular** parecen diseñados para actuar como formas de expresión de la comunidad organizada en **entidades de trabajo del sector privado** que exploten actividades estimadas socialmente trascendentes; coincidiendo así con las figuras concebidas en los artículos 497 y 498 DLOTTT.

12.5. En apoyo de lo sostenido en el párrafo precedente, cabe destacar que el artículo 7.6 de la Ley Orgánica del Poder Popular señala como uno de los fines del **poder popular**:

> "vigilar que las actividades del **sector privado con incidencia social** se desarrollen en el marco de las normativas legales de protección a los usuarios y consumidores".

13. En síntesis, si bien, a primera vista, el DLOTTT concibe la relación de trabajo en términos tradicionales, es decir, como el vínculo jurídico por cuya virtud una persona natural se obliga a prestar servicios a otra persona, natural o moral, bajo su dependencia y a cambio de una justa retribución; su contextualización en el ámbito del **proceso social de trabajo** se traduce en la imperativa persecución de objetivos estatales y, por lo tanto, en el severo cuestionamiento de los poderes patronales de organización, dirección y disciplina fundamentados en la titularidad privada de los medios de producción.

14. La conjugación de las nociones expuestas en los párrafos precedentes permite advertir el carácter **transicional** del modelo que perfila el DLOTTT:

> Los poderes que acumula el patrono, en el ámbito de organización, dirección y disciplina del proceso productivo, se desplazarán progresivamente hacia los **consejos de trabajadores** como instancias del **poder popular**, con el objetivo, desgajado de la noción de **proceso social de trabajo**, de brindar satisfacción a las necesidades sociales en lugar de destinarse a la obtención de lucro.

15. El apuntado carácter transicional de la DLOTTT impone la regulación de las relaciones laborales desde el plano del imperante modelo de producción capitalista y, al mismo tiempo, la inclusión de los factores propiciatorios de

su tránsito hacia un sistema de producción socialista: en términos sencillos, la entidad de trabajo concebida transicionalmente hacia la construcción del sistema de producción socialista aparece **subordinada al interés social**, independientemente del título jurídico concreto sobre los medios de producción.

16. Obviamente, la efectiva materialización del diseño normativo expuesto en los párrafos precedentes, profundamente influido por los preceptos ideológicos imperantes, dependerá de factores ajenos a la ciencia jurídica. Sin embargo, su análisis conceptual facilitará la comprensión y calificación de los fenómenos normativos y fácticos que se desarrollen bajo su vigencia.

EL ARBITRAJE LABORAL POTESTATIVO INCAUSADO

MARTÍN CARRILLO CALLE[1]

Si bien el tema del arbitraje laboral potestativo fue tratado por la doctrina nacional desde la publicación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 1992, su discusión se ha reactualizado a propósito de resoluciones del Tribunal Constitucional expedidas desde junio de 2010 y de la reforma parcial del reglamento de la citada ley dispuesta en setiembre de 2011. El debate sobre este tema se hace más intenso desde abril de 2013, al darse la primera resolución de un tribunal arbitral que le reconoce al arbitraje potestativo su condición de incausado o no condicionado. En el presente artículo, abordaremos el itinerario ya adelantado y luego de analizar la legislación nacional, las normas internacionales, la jurisprudencia y la doctrina, nos declaramos partidarios de la tesis que considera como incausado al arbitraje potestativo.

I. EL ARBITRAJE LABORAL POTESTATIVO

A continuación pasaremos revista a la forma en que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, el TUO de la LRCT[2]), regula el arbitraje potestativo, para luego reseñar el tratamiento jurisprudencial

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor universitario y árbitro laboral.

(2) Aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

–tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial– que ha merecido esta modalidad de solución pacífica de conflictos laborales, para concluir con la reseña de las reflexiones formuladas por la doctrina nacional sobre la misma.

1. El arbitraje laboral potestativo en la ley de relaciones colectivas de trabajo

El arbitraje –en su modalidad potestativa– forma parte de nuestro ordenamiento laboral, en los términos definidos por el artículo 61 del TUO de la LRCT, el mismo que dispone: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje". Entendemos que la expresión "podrán las partes", permite que cualquiera de ellas –el empleador o los trabajadores organizados– pueda reconducir el conflicto laboral hacia su solución por medio del arbitraje, quedando su contraparte obligada a aceptar esta vía de solución pacífica.

La posición que asumimos, se sostiene en una interpretación sistemática y armonizadora de los artículos 61 y 62 del TUO de la LRCT El artículo 61 que acabamos de transcribir, se debe leer junto con el artículo 62, que a la letra dice en su primer párrafo: "En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga (…)". En consecuencia, la ley otorga a los trabajadores, en particular, el derecho de optar por el arbitraje potestativo (art. 61) o por la huelga (art. 62), de no haberse llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, siempre que esta última haya sido oportunamente solicitada por ellos.

Por su parte, el artículo 46 del reglamento de la LRCT[3], dispone que: "Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley". Queda así confirmado, que dentro del procedimiento de negociación colectiva, cualquiera de las partes puede imponer a la otra el arbitraje potestativo, ya que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 61 y 62 del TUO de la LRCT y el artículo 46 de su reglamento, si los trabajadores optan por el arbitraje potestativo, su empleador está obligado a aceptarlo. En caso sea el empleador el que opte por el arbitraje potestativo[4], su decisión se impondrá a los trabajadores, salvo que estos hayan decidido

(3) Aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

(4) Desde que el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR reguló en sede reglamentaria el arbitraje potestativo,

ejercer su derecho de huelga, supuesto en el que prevalece la medida de fuerza (por decisión de los trabajadores) sobre el arbitraje como medio de solución pacífica de conflictos (por decisión del empleador).

Téngase presente que el artículo 61 no es el único en el TUO de la LRCT, donde se usa la expresión "las partes", para referirse en realidad a cualquiera de ellas. Similar situación la encontramos en el primer párrafo del artículo 58 de la ley, cuando establece que: "Las partes informarán a la Autoridad de Trabajo de la terminación de la negociación, pudiendo simultáneamente solicitar el inicio del procedimiento de conciliación". De una primera lectura, parecería que el legislador exige que los trabajadores y su empleador, de manera conjunta informen a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la terminación de la etapa de negociación directa, sin haber alcanzado un acuerdo, y que juntos una vez más, los trabajadores y su empleador, soliciten a la referida autoridad el inicio de la conciliación. Pero el sentido de la expresión "las partes", cambia en lo que se refiere al pedido de iniciar la etapa de conciliación, con solo leer el segundo párrafo del mismo artículo 58, en el que se dispone: "Si ninguna de las partes lo solicitara, la Autoridad de Trabajo podrá iniciar dicho procedimiento (se refiere a la conciliación) de oficio, si lo estimare necesario o conveniente, en atención a las características del caso". La expresión "las partes" que se usa en el primer párrafo del artículo 58, debe ser entendida como cualquiera de las partes, según se precisa en el segundo párrafo del mismo artículo, en tanto resultará suficiente que una sola de ellas solicite la conciliación, para que intervenga la Autoridad Administrativa de Trabajo con tal propósito.

La interpretación que proponemos respecto al contenido normativo del artículo 61 de la LRCT, tiene respaldo en la jurisprudencia, tanto en la del Tribunal Constitucional como en la del Poder Judicial. Igualmente, encuentra coincidencia en un amplio sector de la doctrina laboralista nacional, lo que a continuación pasamos a demostrar.

2. El arbitraje laboral potestativo en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Para nuestro Tribunal Constitucional, estamos ante un arbitraje laboral de tipo potestativo, "cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención del árbitro". Se reconoce

conocemos un caso en el que la parte empleadora fue la que solicitó la aplicación de dicha modalidad arbitral para resolver el conflicto colectivo. Véase el Exp. Nº 43533-2012-MTPE/1/20.21, correspondiente a la negociación colectiva del Lima Golf Club del periodo 2012-2013.

así que, ante un conflicto colectivo que se mantiene abierto por falta de acuerdo entre las partes, resulta válida la habilitación legal, por la cual, al manifestarse "la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución"[5].

La interpretación que permite sostener que el artículo 61 de la LRCT consagra la modalidad de arbitraje potestativo, ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional, al resolver –en el mes de junio de 2010– que: "si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que **el arbitraje al que hace alusión el artículo 61** (…) **es potestativo** (…). Es decir, **ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto**". Y es que para el Tribunal Constitucional, **el arbitraje** "**al que hace alusión el artículo 61** (…) **es de carácter potestativo.** En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este"[6] (el resaltado es nuestro).

Nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado en dos ocasiones que el arbitraje laboral en su modalidad potestativa, es el que ha sido reconocido por el artículo 61 de la LRCT. La primera de ellas ocurrió en julio de 2013[7] y la más reciente en mayo de 2014[8], por lo que se puede sostener que existe un criterio uniforme y consolidado respecto al amparo constitucional que merece el reconocimiento legal del arbitraje potestativo en la negociación colectiva.

3. El arbitraje laboral potestativo en la jurisprudencia del Poder Judicial

El Poder Judicial ha hecho suya la tesis que considera que el artículo 61 de la LRCT, consagra la modalidad de arbitraje potestativo. Sirva de ejemplo, la

(5) Fundamentos 6 y 8 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 10/06/2010. Caso: Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao vs. Asociación Peruana de Operadores Portuarios, Asociación Peruana de Agentes Marítimos y Asociación Marítima del Perú. Exp. Nº 03561-2009-PA/TC.

(6) Fundamentos 8 y 9 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 10/06/2010. Caso del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao, citado en la nota precedente.

(7) Fundamentos 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 16/07/2013. Caso: Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SINAUT SUNAT vs. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat. Exp. Nº 02566-2012-PA/TC.

(8) Fundamento 10 y 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 21/05/2014. Caso: Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú - Fetratel Perú vs. Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. Exp. Nº 03243-2012-PA/TC.

sentencia del mes de julio de 2013, de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que señala que "de una interpretación de conformidad con la Constitución y la Ley que promueve la solución pacífica de los conflictos laborales, respecto del artículo 61 de la LRCT, se debe inferir que **si los trabajadores optaron por someter el diferendo al arbitraje, la parte empleadora no tiene otra opción que someterse a dicho procedimiento (voluntario para los trabajadores y obligatorio para la empleadora)**; en cambio, si los trabajadores optan en un inicio el recurrir a la huelga, y en plena paralización de labores, pretenden someter el diferendo a arbitraje, en este supuesto si se necesita la aceptación de la parte empleadora; esto es, a contrario sensu, cuando los trabajadores primero optaron por la huelga y luego, si consideran recurrir al arbitraje se necesitará aceptación de la parte empleadora, empero, **si desde un inicio el sindicato somete el diferendo al arbitraje, el empleador no necesita aceptar voluntariamente el arbitraje, sino que está obligado a someterse al mismo**; en armonía con lo dispuesto por el artículo 28, inciso 2 de la Constitución"[9] (el resaltado es nuestro).

4. El arbitraje laboral potestativo en la doctrina

La tesis que sostiene que el artículo 61 del TUO de la LRCT consagra la modalidad del arbitraje potestativo, ha sido asumida por un amplio y calificado sector de la doctrina laboralista nacional, precediendo en el tiempo, tanto a la jurisprudencia constitucional como a la judicial, ya reseñadas.

De todos los autores que se podrían citar para este propósito –Toyama Miyagusuku[10], Ferro Delgado[11], Boza Pro y Canessa Montejo[12], De los Heros Perez Albela[13], Blancas Bustamante[14], Boza Pró y Aguinaga Meza[15]– nos quedamos con la opinión de Pasco Cosmópolis, quien sostuvo que algunas legislaciones

(9) Fundamento 15 de la sentencia del 01/07/2013 de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Caso: demanda de acción popular de la Sociedad Nacional de Industrias contra el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR. Exp. Nº 00062-2012-0-1801-SP-LA-01.

(10) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?". En: *Ius et Veritas*. Nº 5, Lima, 1992.

(11) FERRO DELGADO, Víctor. "El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo". En: *Asesoría Laboral*. Nº 38, Lima, febrero 1994.

(12) BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. "Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal". En: AA.VV. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2000.

(13) DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. "El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo". En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Mario Castillo Freyre y Palestra Editores, Lima, 2009.

(14) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Boletín Viceministerio de Trabajo*. Nº 11, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima, noviembre de 2011.

(15) BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA MEZA, Ernesto. "El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva". En: *Derecho*. Nº 71. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

latinoamericanas permiten que el arbitraje se instaure a pedido de cualquiera de las partes, "o solo de los trabajadores (México). Esto no es ya un arbitraje voluntario; ciertamente no lo es para la parte que no lo pidió, que se ve compelida a aceptarlo sin posibilidad de rechazarlo o impedirlo. La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como **arbitraje potestativo**, en la medida en que **confiere a una de las partes** o a ambas **la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece con el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patronos. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento**"[16] (el resaltado es nuestro).

II. EL ARBITRAJE LABORAL POTESTATIVO INCAUSADO

Hecho el recuento de todos los argumentos que nos permiten afirmar que en la negociación colectiva se reconoce y aplica el arbitraje potestativo, corresponde dar una vuelta de tuerca, para completar la sentencia y agregar que dicho arbitraje es, además, incausado, por lo que daremos cuenta del reconocimiento que esta tesis ha merecido en la doctrina, la jurisprudencia y en varias y fundamentadas resoluciones aprobadas por tribunales arbitrales. Dada la polémica generada por esta tesis, se responderán las observaciones que se le han formulado.

1. El arbitraje laboral potestativo incausado en la ley de relaciones colectivas de trabajo

Volvemos al artículo 61 del TUO de la LRCT, que consagra el arbitraje laboral bajo la modalidad potestativa, para destacar que lo hace sin condicionamiento ni causa justificante a ser acreditada para la parte que lo invoca, sea esta la representación de los trabajadores o la del empleador, dentro de una negociación colectiva. Y es que el arbitraje laboral potestativo, en los términos regulados en nuestra legislación, es de naturaleza incausada o no condicionada, en tanto el texto del citado artículo[17], no exige específicos motivos que deban acreditarse o puntuales causas habilitantes cuyo cumplimiento sea indispensable demostrar, para permitir que se pase al procedimiento arbitral dentro de una negociación colectiva, que

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179.

(17) "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje".

se mantiene en trámite al no haberse alcanzado un acuerdo por las partes, lo que configura un conflicto colectivo abierto.

Téngase presente que lo único que fija la LRCT, son dos momentos en los que cualquiera de las partes puede imponer a la otra, el arbitraje potestativo. El primero de ellos se presenta cuando se da por fracasada la negociación directa, al no haberse llegado a celebrar una convención colectiva de trabajo en esta etapa. Y el segundo de estos momentos, se presenta cuando se da por fracasada la conciliación al no haberse alcanzado un acuerdo, siempre que esta etapa se haya iniciado por solicitud presentada por los representantes de los trabajadores a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Los referidos momentos tienen en común el fracaso, es decir, ponen en evidencia la incapacidad de las partes de alcanzar un acuerdo al vencimiento de dos de las etapas del proceso de negociación colectiva: en el primer caso de la negociación directa y en el segundo de la conciliación. Es justamente dicho fracaso que las partes comparten como corresponsables, el supuesto objetivo que habilita –a cualquiera de ellas– a recurrir al arbitraje como forma de solución pacífica de conflictos laborales, en su modalidad potestativa.

2. La desnaturalizacion del arbitraje laboral potestativo incausado, por parte del reglamento de la LRCT

Es con el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR de setiembre de 2011, que aparecen dos supuestos habilitantes –no considerados en la LRCT– cuya ocurrencia facultaría a las partes a interponer el arbitraje potestativo, al disponerse que se adicione –dentro del capítulo dedicado al arbitraje en el reglamento de la LRCT–, un nuevo artículo, numerado como 61-A, que a la letra dice: "Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, y que durante tres meses la negociación resulte infructuosa; y, b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo"[18].

Para superar la discrepancia que se presenta entre el artículo 61 del TUO de la LRCT y el artículo 61-A de su reglamento, debe interpretarse que los dos supuestos mencionados por el reglamento, no son los únicos casos en los que se permite la interposición del arbitraje potestativo, en tanto que resulta inaceptable que por vía reglamentaria se limite el acceso a una modalidad de solución pacífica de conflictos colectivos laborales, reconocida en sede constitucional y que en

(18) El texto transcrito incluye la modificación dispuesta por el Decreto Supremo Nº 013-2014-TR de noviembre de 2014, en el inciso a) del artículo 61-A del reglamento de la LRCT.

su original formulación por la LRCT, no admite limitación ni delega en el reglamento el establecimiento de requisitos adicionales a las ocasiones que aquella señala (fracaso de la etapa de negociación directa o fracaso de la etapa de conciliación), en las que las partes quedan habilitadas a recurrir al arbitraje potestativo.

Consideramos que en ningún caso, los supuestos del artículo 61-A del reglamento, pueden ser los únicos que faculten a las partes a acceder al arbitraje potestativo. Dichos supuestos deben ser tomados como meramente ejemplificativos o enunciativos de un universo mayor de circunstancias, hechos o dinámicas que pueden haber impedido que las partes celebren una convención colectiva, pero es el dato objetivo de la negociación infructuosa, es decir, del fracaso en ponerse de acuerdo, constatado en la etapa de negociación directa o en la etapa de conciliación, según sea el caso, el que define la oportunidad de recurrir al arbitraje potestativo como medio de solución, en tanto su configuración legal lo hace incausado.

3. Reconocimiento de la naturaleza incausada del arbitraje laboral potestativo por parte de la doctrina

En la doctrina laboralista nacional, también se ha advertido la existencia de mandatos diferentes en la LRCT y en su reglamento, en materia de arbitraje potestativo, en términos similares a lo que hemos sostenido en los párrafos precedentes. Y es así que para Blancas Bustamante, el artículo 61-A del reglamento, "admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a algunos de los supuestos (…) (que él mismo establece). Como se puede advertir, esta norma, si bien admite la existencia del arbitraje potestativo, tiene un contenido restrictivo respecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional para el cual el contenido del **artículo 61 de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable**, por tanto, **a cualquier caso en que las partes no arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no solo a los supuestos que señala el decreto reglamentario**. Es evidente por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo (con la aprobación del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR) de la resolución del TC (en el caso de los trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao), es incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a los mismos obedece a la mala fe del empleador, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales"[19] (el resaltado nuestro).

(19) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva*. Ob. cit.

Para Mendoza Legoas, por su parte, "las normas de la LRCT nada dicen sobre la mala fe como causal para la interpretación del arbitraje potestativo. (…) el Tribunal Constitucional convalidó e hizo suya la interpretación de que **la LRCT contempla una regulación que prescinde de la alegación de una causa** por la parte trabajadora, **bastando** en dicho supuesto **que las partes no lleguen a un acuerdo en negociación directa (tal y como refiere el art. 61 LRCT)**. Pues bien, en el nivel reglamentario, el artículo 61-A (…) contiene una regulación que, en principio, recoge solamente a algunas de las especies dentro del género de vulneraciones al derecho a la negociación colectiva (…). Pero debe decirse que resulta evidente que el artículo 61-A (…) no restringe al arbitraje potestativo a esos dos únicos supuestos (…). Tan solo procedimentaliza la interposición en dos supuestos (los más comunes) sin que sea posible argumentar que se trate de una regulación que deje sin efecto a los otros supuestos de arbitraje potestativo, que claramente permanecen vigentes (…) cabe diferenciar los **supuestos de arbitraje potestativo interpuestos al amparo del artículo 61 LRCT** (al fracaso de la negociación directa o la conciliación) de los interpuestos al amparo de las causales del art. 61-A del (…) (reglamento). En los primeros, **basta la voluntad de una de las partes para que la contraria se vea vinculada a acudir al arbitraje**. En el segundo caso, la procedencia del arbitraje deberá ser evaluada por el tribunal arbitral que se conforme, el mismo que determinará su propia competencia en el procedimiento arbitral"[20] (el resaltado es nuestro).

4. Reconocimiento de la naturaleza incausada del arbitraje laboral potestativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Cabe recurrir nuevamente a la jurisprudencia constitucional, para sumar argumentos que apuntalen la tesis de la naturaleza incausada o no condicionada del arbitraje potestativo, y citar una vez más a la Resolución del Tribunal Constitucional de junio de 2010[21], y su sentencia de julio del 2013[22], donde se sostiene y reitera que "manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto".

El Tribunal Constitucional en su sentencia de mayo de 2014, en el caso de la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú, abunda en el

(20) MENDOZA LEGOAS, Luis. "Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos". En: *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Nº 36, Madrid, febrero de 2014.

(21) En el caso del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao. Véase la nota Nº 4.

(22) En el caso del Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Véase la nota Nº 6.

tema cuando señala que la parte empleadora, "ha realizado práctica abusiva, entorpeciendo la negociación colectiva, pues, se niega a negociar mediante arbitraje con la federación recurrente, adoptando una conducta que dificulta el proceso de negociación colectiva reflejada en su negativa de someter a arbitraje los puntos del Pliego de Reclamos". El Tribunal recuerda que "sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este", por lo que concluye en este caso en particular, que "al haber solicitado la federación recurrente someter a arbitraje la negociación colectiva 2009-2010, y ante la negativa de la sociedad emplazada (…) corresponde que la demanda sea estimada". Por las razones reseñadas, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, en tanto "se ha acreditado la vulneración del derecho de negociación colectiva de los trabajadores afiliados a la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú" y en consecuencia, ordena a la empresa emplazada "que acepte llevar a cabo el proceso de arbitraje" propuesto por la mencionada organización sindical(23).

En ninguno de los pronunciamientos reseñados en los párrafos precedentes (junio de 2010, julio de 2013 y mayo de 2014), el Tribunal Constitucional ha exigido a las organizaciones sindicales demandantes, que demuestren o acrediten específicos motivos o puntuales causas que sirvan de sustento para que se disponga la procedencia del arbitraje potestativo, que aquellas solicitaron en su momento dentro de sus respectivos procedimientos de negociación colectiva, pues tal exigencia no forma parte del contenido normativo del artículo 61 de la LRCT, que le asigna al arbitraje laboral potestativo la condición de incausado. En consecuencia, cabe afirmar que existe un criterio uniforme y consolidado en nuestra jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje potestativo incausado.

5. Reconocimiento de la naturaleza incausada del arbitraje laboral potestativo en resoluciones de tribunales arbitrales

La tesis por la que se reconoce al arbitraje potestativo incausado o no condicionado, ha sido asumida en al menos seis procesos arbitrales, en resoluciones expedidas en los años 2013 y 2014, por tribunales conformados con el propósito de resolver negociaciones colectivas en cuatro empresas privadas y en una entidad pública (en este último caso, se recurrió al arbitraje en dos oportunidades). Seguidamente, en forma resumida, nos referiremos a cada una de dichas resoluciones arbitrales en orden cronológico, de la más antigua a la más reciente.

(23) Las citas corresponden a los fundamentos 8 y 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 21/05/2014. Véase la nota Nº 7.

1. Arbitraje entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Celima S.A. y conexos con la Empresa Cerámica Lima S.A.[24]: en abril de 2013 el Tribunal Arbitral resolvió por mayoría (árbitros Romero Montes y Gutiérrez Paredes) declarar procedente el arbitraje potestativo, argumentando "que siendo el arbitraje previsto por el artículo 61 concordado con su artículo 63 de la Ley de Relaciones Colectivas uno de carácter potestativo, y no siendo necesaria la aceptación del empleador para la vía de solución propuesta por los trabajadores, en el presente arbitraje carece de objeto analizar si existieron actos de mala fe por parte de la empresa". En la citada resolución se señala también que: "Si bien el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR y la Resolución Ministerial Nº 284-2011-TR restringen el Arbitraje Potestativo a dos requisitos no previstos en la ley, el Tribunal Arbitral prefiriendo la Constitución que promueve expresamente las vías pacíficas de solución de conflictos en su artículo 28 y los artículos 61 y 63 de la Ley de Relaciones Colectivas así como la interpretación de dichas normas efectuadas por el Tribunal Constitucional sobre el arbitraje potestativo, consideran que el presente arbitraje debe continuar".

2. Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral Nº IX-Sede Lima con la Zona Registral Nº IX-Sede Lima de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos[25]: en febrero de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Zavala Costa, Villavicencio Ríos y Margary Brignole) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido "al amparo del artículo 61 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (…), esto es, como un arbitraje potestativo incausado, no sujeto a los condicionamientos del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT".

3. Arbitraje entre la Federación de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos con la Superintendencia Nacional de Registros Públicos[26]: en febrero de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Zavala Costa, Villavicencio Ríos y Margary Brignole) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por

(24) Expediente Nº 127835-2011-MTPE/1/20.21.

(25) Expediente Nº 0057-2013-MTPE/2/14.

(26) Expediente Nº 0020-2013-MTPE/2/14.

la referida organización sindical, con idéntico argumento al desarrollado en la resolución reseñada en el párrafo precedente.

4. Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores Textiles del Consorcio Robrisa S.A. con el Consorcio Robrisa S.A.[27]: en mayo de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Villavicencio Ríos, Ulloa Millares y Franco Pérez) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido sosteniendo que "El arbitraje en la negociación colectiva laboral es naturalmente potestativo, sin necesidad de que se configure causal o supuesto alguno adicional".

5. Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores de Edegel S.A.A. con la Empresa de Generación Eléctrica de Lima - Edegel S.A.A.[28]: en mayo de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por mayoría (árbitros Zavala Costa y Villavicencio Ríos) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido amparándose "en lo dispuesto en el artículo 61° del TUO de la LRCT que (…) consagra un arbitraje potestativo no condicionado o incausado".

6. Arbitraje entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú con la empresa Telefónica del Perú S.A.A.[29]: en septiembre de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Ulloa Millares, Varillas Cueto y Arce Ortiz) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, en tanto asume la tesis por la que: "El artículo 61 de la LRCT y el artículo 46 del Reglamento de la LRCT no establecen condicionamientos ni causales habilitantes para acceder al arbitraje, simplemente regulan la posibilidad de que ambas partes puedan acudir a este procedimiento cuando el ejercicio del derecho a negociar libremente no les permita arribar a un acuerdo o solución del conflicto. Siendo ello así, lo que en puridad regulan dichas normas es un arbitraje de naturaleza potestativa incausada o no condicionada".

De los seis casos que acabamos de reseñar, en cuatro de ellos las resoluciones arbitrales fueron por unanimidad (las dos resoluciones de la Superintendencia

(27) Expediente Nº 94749-2013-MTPE.

(28) Expediente Nº 0165-2013-MTPE/2/14.

(29) Expediente Nº 0145-2013-MTPE/2.14.

de Registros Públicos, la de Robrisa y la de Telefónica), y en los otros dos casos las resoluciones se dieron por mayoría (Celima y Edegel). Solo se recurrió al control difuso de constitucionalidad en sede arbitral en el primer caso (Celima), habiéndose optado en los demás casos por una interpretación integradora para superar la desnaturalización por vía reglamentaria del artículo 61 de la LRCT.

Abogados como Romero Montes, Gutiérrez Paredes, Zavala Costa, Villavicencio Ríos, Margary Brignole, Franco Pérez, Ulloa Millares, Varillas Cueto y Arce Ortiz, se suman a los laboralistas que consideran que el arbitraje laboral potestativo es incausado, en tanto así lo han fundamentado en las resoluciones que han firmado como miembros de tribunales arbitrales que han resuelto –en los dos últimos años– negociaciones colectivas infructuosas.

6. Respuesta a los opositores del arbitraje laboral potestativo incausado

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el voto en discordia del árbitro Elías Mantero (Tribunal Arbitral del caso Celima), en el voto en discordia del árbitro Ramírez Gastón Gamio (Tribunal Arbitral del caso Edegel) y la resolución de octubre de 2014, sobre la improcedencia del arbitraje potestativo incausado suscrita en mayoría por los árbitros Vinatea Recoba y Ramírez Gastón Gamio (Tribunal Arbitral del caso América Móvil Perú S.A.C.[30]), procederemos a sintetizar las principales observaciones que se hacen al arbitraje laboral potestativo incausado y a dar respuesta a las mismas.

6.1. Se sostiene que el arbitraje laboral potestativo incausado lesiona el principio de negociacion voluntaria

Se sostiene que el arbitraje potestativo incausado lesiona el principio de negociación voluntaria, reconocido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT[31], en los siguientes términos: "**Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar** entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, **el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo**" (el resaltado es nuestro).

Quienes sostienen la incompatibilidad del arbitraje laboral potestativo reconocido en el artículo 61 de la LRCT, con el artículo 4 del Convenio 98, intenta

(30) Expediente Nº 0171-2013-MTPE/2.14.

(31) El Convenio 98 fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa Nº 14712 de noviembre de 1963.

sustentar su posición en lo declarado –hace dos décadas– por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT (CECR-OIT): "**En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que de manera general es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm. 98** y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación". Luego de fijar su posición de principio, de inmediato la CEACR admite una primera excepción, "en aquellos casos en que existan **disposiciones, que por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento, para la firma del primer convenio colectivo**. Como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, **este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva**"[32] (el subrayado es nuestro). De esta forma, la CEACR acaba reconociendo que el arbitraje potestativo es un mecanismo que –en determinadas circunstancias– facilita la negociación colectiva, por lo que esta modalidad de arbitraje es plenamente compatible con el Convenio 98 en general y con su artículo 4 en particular.

De acuerdo a la información de acceso público que ofrece la propia OIT a través de la base de datos Normlex, en el periodo 1994-2012, la CECR ha formulado en 13 oportunidades, observaciones al gobierno del Perú sobre su cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 98, habiendo revisado en 8 de esas ocasiones de manera directa y expresa, la compatibilidad de nuestra legislación en materia de negociación colectiva con lo dispuesto en el artículo 4 del referido Convenio, y en ninguna de esas 8 revisiones (correspondientes a los años 1995, 1999, 2000, 2001, 2004, 2006, 2010 y 2012) se ha formulado una observación que permita sostener la supuesta incompatibilidad del artículo 61 de la LRCT, en tanto fuente normativa del arbitraje potestativo incausado, con el artículo 4 del Convenio 98, que consagra el principio de negociación colectiva voluntaria.

Los que cuestionan el arbitraje laboral potestativo, pretenden también respaldar su posición en lo resuelto por otro órgano de control del sistema de normas internacional de trabajo de la OIT, como es el caso del Comité de Libertad Sindical (CLS-OIT), respecto al arbitraje impuesto por una sola de las partes, en tanto que dicho Comité se ha opuesto "a que **la legislación imponga un arbitraje**

(32) Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones: Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. OIT. Ginebra, 1994. Párrafo 257.

con efectos vinculantes por iniciativa de las autoridades o **de una sola de las partes en sustitución de la huelga** como medio de solución de los conflictos de trabajo"[33] (el resaltado es nuestro). Y es que para el CLS, la voluntad que hay que preservar se manifieste libremente, es la de los trabajadores, respecto a la vía para encaminar la negociación colectiva inconclusa por falta de acuerdo entre la partes (solución por el procedimiento arbitral o ejercicio del derecho de huelga), salvo en el caso de los servicios públicos esenciales[34].

Como se sabe, en nuestro ordenamiento laboral se permite a los trabajadores decidir entre el arbitraje potestativo (art. 61 de la LRCT) y la huelga (art. 62 de la LRCT), por lo que ninguna de estas alternativas son impuestas a los trabajadores, en tanto en ellos recae la posibilidad de elegir un medio de heterocomposición (el arbitraje) o un instrumento de autotutela (la huelga). Al no existir en la LRCT la posibilidad que la parte empleadora imponga a los trabajadores seguir con el procedimiento arbitral cuando estos hayan decidido recurrir a la huelga, no nos encontramos en el supuesto cuestionado por el CLS-OIT.

Para el tema que venimos desarrollando, si resulta pertinente citar al CLS-OIT, para recordar que dicho Comité ha sostenido que el "obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo", no resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio 98[35]. Es decir, que el principio de negociación voluntaria puede coexistir con determinadas obligaciones que hagan efectivo el derecho a negociar que tiene las partes y en especial los trabajadores, y como consecuencia de esa negociación, alcanzar un acuerdo para –al decir del Convenio 98– "reglamentar, por medio de contratos colectivos", sus remuneraciones y demás condiciones de trabajo.

Entre las exigencias que impone la LRCT, para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores, podemos mencionar a la obligación de negociar que tienen las empresas con más de un año de funcionamiento (art. 41) y, por lo tanto, de recibir el pliego petitorio (art. 54), así como el lapso que se establece para presentar dicho pliego (art. 52) y el plazo que se impone para el inicio de la negociación directa (art. 57), la obligación de designar a sus representantes (artículo 49), la obligación de negociar de buena fe (art. 54) y la obligación

(33) GERNIGON, Bernad; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 117, Nº 4, Ginebra, 1998, p. 498.

(34) Comité de Libertad Sindical. Informe 236 de noviembre de 1984. Caso Nº 1140 de Colombia.

(35) Comité de Libertad Sindical. Informe 328 de junio de 2002. Caso Nº 2149 de Rumanía.

de proporcionar información, tanto al sindicato (art. 55) como a la Autoridad Administrativa de Trabajo (art. 56), exigencias que mayoritariamente recaen en forma exclusiva en el empleador, sin que sobre ninguna de ellas se pueda sostener su lesividad al principio de negociación voluntaria, salvo que este se pretenda interpretar desde su literalidad.

Quienes critican el arbitraje laboral potestativo incausado, intentan oponer el arbitraje a la negociación directa, cuando esta modalidad de arbitraje a lo que es alternativo es a la posibilidad que la negociación colectiva se quede sin resolver, es decir, que el conflicto colectivo se mantenga abierto de manera indefinida. Resulta pertinente recordar que el Tribunal Constitucional ha destacado que la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales, como obligación estatal impuesta por el artículo 28.2 de la Constitución, "se viabiliza (…) a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje". Al permitir la LRCT el recurso a estos procedimientos de solución pacífica, uno de los objetivos que busca lograr, es el "**asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo**, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica"[36] (el resaltado es nuestro).

¿A qué escenario nos lleva la interpretación literal del principio de negociación voluntaria que se propone? La respuesta a esta pregunta la da Pasco Cosmópolis, al sostener que "**La apertura a un sistema puramente voluntarista tiene el inconveniente de que la parte más fuerte puede frustrar el arbitraje con su sola abstención. Si dicha parte es el empleador, como suele suceder, los trabajadores se ven enfrentados a una disyuntiva penosa: la huelga o la frustración total de sus expectativas**. Y si su propia flaqueza les impide recurrir a vía directa, el patrono terminaría imponiendo las reglas de juego"[37] (el subrayado es nuestro). El escenario sobre el que nos advierte Pasco Cosmópolis, se configuraría si la única modalidad de arbitraje permitida fuese la convencional. Y es por eso que la LRCT habilita el acceso al arbitraje potestativo incausado, para que los trabajadores sustituyan "la frustración total de sus expectativas", por el recurso a esta modalidad de arbitraje.

La tesis que contestamos, aunque así lo declare, no defiende el principio de negociación voluntaria, lo que en realidad busca es garantizar la posición que

(36) Fundamento 35 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 12/08/2005. Caso: demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público. Exp. Nº 0008-2005-PI/TC.

(37) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. Ob. cit., p. 182. En esa misma línea de pensamiento, véase también: De los Heros Pérez Albela, Alfonso. "El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo". Ob. cit. pp. 123 y 131.

le permita a la parte empleadora, dirigir el proceso de negociación y manejar los tiempos de sus etapas y la oportunidad de la presentación de ofertas, así como limitar las posibilidades de acción y condicionar la capacidad de decisión de su contraparte sindical.

6.2. Se sostiene que el arbitraje laboral potestativo incausado desincentiva la negociacion directa

Se sostiene que con el arbitraje potestativo incausado, se reducen o desaparecen los incentivos para la negociación directa entre las partes.

Cabe responder a esta afirmación, señalando que si el arbitraje potestativo desincentivara la negociación directa, serían más las negociaciones colectivas que acaban con un laudo que aquellas que lo hacen con un convenio colectivo, y en todos los casos que se recurre al procedimiento arbitral, sin duda los arbitrajes de tipo potestativo, alcanzarían un número mayor a las demás modalidades de arbitraje (convencional y obligatorio).

La reducción y/o desaparición del trato directo entre las partes, como supuesta consecuencia de permitirse el arbitraje potestativo incausado, es una afirmación que no tiene dato fáctico que la confirme, por el contrario, merece un categórico desmentido por parte de las estadísticas oficiales de nivel nacional que publica el Ministerio de Trabajo[38], las que para el año 2013, registran 423 convenios colectivos frente a 32 arbitrajes, lo que lleva a establecer la proporción de un laudo arbitral por cada 13 convenios colectivos. Y de los 32 laudos registrados el año pasado, solo 10 de ellos –menos de un tercio de ese universo– han sido resultado de arbitrajes potestativos.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para la OIT, los gobiernos están llamados a desempeñar "un papel fundamental en la creación de un entorno propicio para fomentar la negociación colectiva"[39]. Y en el caso peruano, por mandato del artículo 28 del texto constitucional, la acción gubernamental debe fomentar tanto el ejercicio del derecho

(38) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial 2013*. Lima, 2014, Cuadro Nº 20: Convenios colectivos registrados por etapa de solución, según actividad económica.

(39) Oficina Internacional del Trabajo: Negociación colectiva y programa de trabajo decente. Documento del Consejo de Administración GB.300/ESP/1. Ginebra, noviembre de 2007, párrafo 11.

de negociación colectiva, como promover las "formas de solución pacífica de los conflictos laborales", incluyendo entre ellas al arbitraje en todas sus modalidades: voluntario, obligatorio y potestativo incausado.

Del artículo 28 de la Constitución, dimana la obligación estatal de cumplir con la labor de fomento y promoción de la negociación colectiva. Y para cumplir con esa obligación, ha reconocido el Tribunal Constitucional que el Estado puede llevar a cabo, "determinadas **acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva**, pudiendo otorgar determinado **"plus de tutela"** cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva"[40] (el resaltado es nuestro). Esta posición fue adoptada originalmente en el año 2003, y ha sido ratificada en el 2012 y 2013, al sostenerse que, "**el contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva supone que el Estado puede efectuar acciones positivas que tutelen al trabajador, atendiendo a que, en los hechos, este no se encuentra en igualdad de condiciones respecto de su empleador a la hora de la negociación**, a efectos de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses"[41] [42] (el resaltado es nuestro).

Una de estas "acciones positivas" que puede adoptar el legislador, es el reconocimiento legal del arbitraje potestativo incausado en cumplimiento del artículo 28,2 de la Constitución, y que resulta ser –además– una de las "medidas adecuadas" a las condiciones nacionales" para estimular y fomentar la negociación colectiva, según lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

Un dato objetivo de las condiciones nacionales en que se ejerce de manera efectiva el derecho a la negociación colectiva, lo ofrece la tasa de cobertura, es decir, el porcentaje de trabajadores que regulan sus remuneraciones y demás condiciones de trabajo, mediante convenios negociados con sus respectivos empleadores. Los datos oficiales a nivel nacional del Ministerio de Trabajo[43], indican que a diciembre de 2013, de los 3,130,592 trabajadores del Sector Privado, solo 168,970 trabajadores pactaban las contraprestaciones económicas por la labor que

(40) Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26/03/2003. Caso: Cámara Peruana de la Construcción - Capeco vs. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Exp. Nº 0261-2003-AA/TC.

(41) Fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 25/01/2012. Caso: Sindicato de Trabajadores del Jockey Club del Perú vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Exp. Nº 05539-2009-PA/TC.

(42) Fundamento 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 16/07/2013. Caso: Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sinaut Sunat. Véase la nota Nº 6.

(43) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial 2013*. Ob. cit. Cuadro Nº 56: Trabajadores en el Sector Privado por meses, según sindicalización y negociación colectiva.

cumplían. Es por ello que en el Perú, la tasa de cobertura de la negociación colectiva es de 5,4 %, porcentaje mínimo que, en los términos del Convenio 98, reclaman "medidas adecuadas" para que el derecho reconocido por el artículo 28, 2 de la Constitución, tenga una mayor vigencia efectiva. Entre estas medidas, puede incluirse el perfeccionamiento del marco normativo (a cargo del Poder Legislativo), la tutela judicial efectiva en clave garantista (a cargo del Poder Judicial) y una efectiva fiscalización mediante la inspección (a cargo del Ministerio de Trabajo).

El arbitraje laboral potestativo incausado del artículo 61 de la LRCT tiene base constitucional y es compatible con el Convenio 98 de la OIT. Y en tanto es un instrumento que coadyuva a la ampliación de la tasa de cobertura de la negociación colectiva, resulta ser una "medida adecuada" a las actuales condiciones de nuestro mercado laboral, para aumentar el número de trabajadores con capacidad para pactar sus remuneraciones y demás condiciones de trabajo.

ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN CASO DE ACCIDENTES DE TRABAJO

En memoria del maestro Mario Pasco

NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA[1]

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2, numeral 1) de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho: "A la vida (…), a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (…)"; no obstante ello, resulta evidente que en el ámbito de la ejecución del contrato de trabajo, estos y otros derechos pueden verse afectados, ya sea por el riesgo que implica la ejecución de las actividades que le corresponden desempeñar al trabajador, o debido a la vulneración del deber de cuidado del empleador, con relación a las normas de seguridad y salud en el trabajo que le compete implementar y velar por su cumplimiento en el centro de trabajo, conforme le exige la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley Nº 29783; sin embargo, los datos estadísticos que maneja el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo evidencian que los accidentes de trabajo son cada vez más concurrentes, hecho que resulta realmente preocupante, dado que no solo se afectan bienes jurídicos vinculados a la integridad y salud del trabajador, sino que muchas de las veces culmina con la muerte del trabajador, frente a lo cual cabe la posibilidad

(1) Docente ordinario de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de que el afectado directo o por repercusión pueda iniciar acciones indemnizatorias contra el sujeto imputable, el cual –en el ámbito contractual– resulta ser el empleador.

Si bien el enunciado del artículo II del Título Preliminar de la Ley Nº 29783, habilita el ejercicio de acciones indemnizatorias, a nivel judicial aún se continúa discutiendo si el empleador debe responder directamente por los daños generados en la persona del trabajador, a pesar de la cobertura que brinda el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. En tal sentido, consideramos necesario precisar que, atendiendo al principio de la reparación íntegra de la víctima, resultaría amparable la pretensión indemnizatoria, en tanto se sustenten en la complementariedad de las prestaciones de la Seguridad Social, sin que ello implique, por supuesto, un enriquecimiento indebido de la víctima.

II. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Según Alterini, este concepto se conecta con la idea de reparación[2]; no obstante ello, la doctrina moderna no muestra unanimidad en la definición de la responsabilidad civil. Para Leyser León[3], en sentido jurídico, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto; en tanto que Santistevan de Noriega considera que la responsabilidad civil genera una situación de ventaja y atribución para el sujeto que sufre el daño y una situación de desventaja y sujeción para el sujeto que causa el daño[4]. Por su parte Díez-Picazo y Antonio Gullón[5] señalan que la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

(2) ALTERINI, Atilio; AMEAL, Óscar y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 144.

(3) LEÓN HILARIO, Leyser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 5.

(4) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Responsabilidad Extracontractual Derivada de Conductas Anticompetitivas: Tipicidad, Antijuricidad y Calificación Previa por parte de la Administración". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Nº 6, Lima, 2008, p. 90.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 591.

El Tribunal Constitucional peruano[6] ha indicado que la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Reglero Campos[7] considera que el criterio determinante de la responsabilidad civil reside en la imputación, exponiendo que un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. Sin embargo, para otros autores, lo realmente importante es el daño causado, como es el caso de Concepción Rodríguez[8], quien expone que toda la problemática de la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño cuando ha sido generado injustamente, es decir, –según el referido autor– cuando se ha causado atendiendo a los preceptos que regulan las fuentes de las obligaciones.

De otro lado, se ha sugerido la idea de que, para que exista responsabilidad civil es necesaria la constatación de una acción u omisión, la cual tendrá relación con un daño mediante un nexo de causalidad. Adicionalmente, debe verificarse si se da el adecuado factor de atribución, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio[9]; pues, la doctrina reconoce que la responsabilidad civil es una institución jurídica que nace con la finalidad de restablecer un equilibrio económico que ha sido quebrantado, y ello se lleva a cabo a partir de la reparación del daño causado a un sujeto que jurídicamente no tiene por qué soportarlo.

Ahora bien, en nuestro Sistema Civil, todavía se encuentra vigente el tratamiento diferenciado entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, lo cual determina su propia incompatibilidad jurídica, conllevando también a un diferente tratamiento procesal.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. Nº 001-2005-PI/TC, f. j. 17.

(7) REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I, 3ª ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, España, 2008, p. 52.

(8) CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Derecho de Daños*. 2ª ed., Bosh, Barcelona, 1999, p. 39.

(9) YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 109.

Así, la responsabilidad contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; por lo que, la culpa contractual es un efecto de la obligación[10]. Por su parte, De la Puente y Lavalle sostiene que el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inejecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas[11]. Para Taboada[12], cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano, de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Yzquierdo Tolsada[13] considera que la responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la otra. Agrega que es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano, para cuyo caso se tendrán en cuenta las normas previstas en el Libro VI del Código Civil, vinculadas a la Inejecución de Obligaciones.

En el caso de la responsabilidad extracontractual no existe un convenio que regule la relación de las partes, sino que dicha relación se genera a partir del hecho generador del daño. En nuestro caso, se tiene que el deber incumplido es el consagrado en el artículo 1969 del Código Civil, por lo que se precisa que este tipo de responsabilidad es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás[14]. Esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva[15]. La responsabilidad extracontractual surge de la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 8ª ed., Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 85.

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I, Palestra, Lima, 2001, p. 370.

(12) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, pp. 29-30.

(13) YZQUIERDO TOLSADA, M. Ob. cit., pp. 79 -80.

(14) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Ob. cit., p. 31.

(15) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. cit., p. 85.

convivencia[16]. Yzquierdo Tolsada considera que responsabilidad civil extracontractual surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otro (*alterum non laedere*).

III. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA EN CASO DE ACCIDENTES DE TRABAJO

Sin duda que el perjudicado directo por el hecho dañoso en accidentes de trabajo lo constituye toda persona que se encuentra en una relación de subordinación y que sufre las consecuencias del mismo, en mérito a lo cual ostenta el derecho de poder reclamar la correspondiente indemnización ante el Juzgado Especializado Laboral; por lo tanto, si ello es así, es evidente que nos encontramos frente a una responsabilidad contractual (inejecución de obligaciones); pues, debe tenerse en cuenta que la fuente de la relación laboral lo constituye el contrato de trabajo, cuya naturaleza jurídica es la de ser un contrato normado, como lo ha denominado la doctrina, al cual le resultan aplicables las normas heterónomas, sin que las partes tengan que hacer declaración expresa al respecto, pues como indica Neves Mujica[17], la autonomía privada individual puede, por consiguiente constituir el vehículo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no solo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo; es decir, que "el contrato de trabajo se configura desde sus orígenes como ese 'documento en blanco' de que hablaba Kahn-Freund, en el que los concretos derechos y deberes de las partes se fijan por fuentes externas a los contratantes (…)"[18]; en consecuencia, cualquier daño indemnizable que provenga del incumplimiento de los deberes específicos del empleador tiene sustento en una responsabilidad contractual, de ahí que las pretensiones indemnizatorias se encuadren en dicho sistema, para el cual resulta invocable el

(16) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 3ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 13-14.

(17) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Colección Textos Universitarios, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 10-1.

(18) GALIANA MORENO, Jesús María. "Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 68, España, 2003, p. 13.

literal b) del artículo 51 del TUO de la LOPJ[19], así como en el artículo 2, numeral 1), literal b) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, respectivamente.

Ahora bien, a consecuencia del contrato de trabajo que une a esas dos partes, es que el empleador se encuentra obligado a brindar seguridad al trabajador en la prestación de servicios que este lleve a cabo. Por ello, si incumple alguna de esas numerosas obligaciones de seguridad y, a consecuencia de este incumplimiento, sobreviene un accidente que causa daños a uno de sus trabajadores, es claro que tal suceso determina el nacimiento de la responsabilidad contractual, la cual será tramitada en la Vía del Proceso Ordinario Laboral; pues, debemos precisar que el artículo 2, numeral 1) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, con relación a la competencia por razón de materia de los Juzgados especializados de Trabajo, señala que estos conocen: "En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios (…)"; precisando dicha norma que "Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: (…) b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio"; de lo cual se deduce con absoluta claridad que, cuando una de las partes considere que ha sido objeto de daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales por la acción ilícita de la otra parte de la relación laboral, nos encontramos frente a una indemnización derivada de responsabilidad contractual, por cuanto se ha indicado que: "La responsabilidad contractual surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente (contrato, promesa unilateral, la ley, etc.). La obligación es anterior al hecho dañoso que genera la responsabilidad civil (…)"[20]; de ahí que Taboada[21] haya señalado que "(…) la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación obligatoria"; por lo que siendo así, si una de las partes pretende indemnización por daños y perjuicios por un hecho imputable al otro sujeto de la relación, nos encontramos ante una responsabilidad contractual.

(19) "La responsabilidad por daño emergente, lucro cesante o daño moral incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios (…)".

(20) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Temis, Colombia, 2002, p. 942.

(21) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Ob. cit., pp. 29-30.

A partir de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y del I Pleno Jurisdiccional Laboral Supremo del año 2012, la calificación de la responsabilidad del empresario, por accidente de trabajo, es indudablemente de carácter contractual; pues, la doctrina ha referido que la responsabilidad contractual no tiene porqué derivar necesariamente de los deberes básicos del contrato, sino que puede provenir de los deberes accesorios que integran igualmente la relación laboral; sin embargo, cabe precisar que del contrato de trabajo nace la obligación para el empleador de adoptar las medidas de seguridad necesarias para tutelar la integridad física y moral del trabajador, conforme lo prevé la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento. Al respecto, el Tribunal Supremo español(22) señala que la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual; y que tan solo merece la consideración de extracontractual, cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, cuya obligación de evitarlo excede de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato.

Como se ha indicado anteriormente, la competencia laboral corresponde al conocimiento de la responsabilidad de carácter contractual; es decir, la derivada de daños producidos dentro de la órbita específica del contrato de trabajo; por lo que siendo así, la responsabilidad aquiliana de los artículos 1969 a 1985 del Código Civil tendría un carácter subsidiario y complementario de la contractual, derivándose de ello la posibilidad de la concurrencia de ambas clases de responsabilidad en yuxtaposición, pero con tratamiento diferenciado.

IV. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN ACCIDENTES DE TRABAJO

La doctrina, de manera uniforme, reconoce que el principio más importante que guía el resarcimiento de la víctima de un hecho dañoso es el de reparación integra, por medio del cual se busca obtener la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado. Ello implica esencialmente que la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo, pero cuidando que tal reparación debe

(22) Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de junio de 2010 Rcud. 4123/08; en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/>.

limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado, lo cual –sin embargo– nos lleva al complejo ámbito de la actividad probatoria, siendo que hoy en día –bajo la preferencia de protección de la víctima– se esté recurriendo a la Teoría de la *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), frente a lo cual Bullard González[23] señala que tal doctrina es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

El artículo 49, literal a) de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley Nº 29783, señala que es obligación del empleador "garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo"; por lo tanto, se ha señalado que, si el empleador incumple alguna de las obligaciones preventivas que la Ley le impone y tal incumplimiento es causa generadora de un accidente laboral, el citado empresario será responsable de este hecho; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo[24] no podría ser interpretado en el sentido de que el mandato contenido en este precepto obligue a responsabilizar siempre al empleador de cualquier siniestro laboral que acontezca en su empresa, dado que puede darse el caso que concurran circunstancias que liberen de responsabilidad al empleador, como el caso fortuito, fuerza mayor, hecho de terceo o de la propia víctima; pues, si bien la responsabilidad indemnizatoria del empleador, en caso de accidentes de trabajo, se sustenta en el hecho de que, por imperativo del artículo 40 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, recae sobre él la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, pero también conlleva un deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa que regula esa materia, incluso en la persona del trabajador; ello en razón de que es la propia Ley Nº 29873 la que ha previsto obligaciones para el trabajador, conforme es de verse del artículo 79 de dicha norma.

(23) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 758-759.

(24) Artículo II del Título Preliminar de la Ley Nº 29783: "El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier índole a consecuencia de accidente o enfermedad profesional que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes".

V. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA DEL EMPLEADOR

La doctrina ha distinguido tres etapas de responsabilidad civil, señalándose que el punto de partida de esta clasificación es la codificación francesa, la que sienta el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, y hace surgir el primer modelo, en el cual lo que predomina es la culpa, la responsabilidad individual, con el acento puesto en el sujeto dañador y no en la víctima. Son características de esta etapa el predominio de la función punitiva de la responsabilidad civil, porque el acento no está puesto ni en la compensación de la víctima ni en la prevención de los ilícitos; y, el daño moral al igual que la responsabilidad objetiva prácticamente no existen. El segundo modelo ya no está puesto en el victimario a quien hay que encontrar culpable, sino en la facilitación de la indemnización a la víctima, a quien se considera inocente. La doctrina de la responsabilidad objetiva surge precisamente para que quien está en mejores condiciones de prevenir el daño y de indemnizar así lo haga. El imperio monopólico que tenía la responsabilidad subjetiva cede gran parte de su terreno a la responsabilidad objetiva. Al no estar tan puesto el énfasis en la búsqueda de culpables sino de responsables que indemnicen a sus víctimas, la función compensatoria pasa a primer plano al igual que la función disuasoria. En el caso del tercer modelo, la responsabilidad civil trasciende a los sujetos privados; pues, en esta nueva etapa sobresalen los intentos de superación de las reglas de responsabilidad subjetiva con la traslación de los costos a la sociedad o a los propios usuarios mediante un seguro. Desdentado Bonete[25] señala que era necesario pasar de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva, pero luego se advirtió que esta tampoco era suficiente: había que establecer el aseguramiento obligatorio de esa responsabilidad y luego reforzar ese aseguramiento con garantías de carácter público.

Por su parte, Roca Trias[26] considera que, fundamentalmente, la doctrina utiliza dos criterios para atribuir a un sujeto distinto de la víctima el daño sufrido por esta: la culpa, a la que se acompaña la negligencia y el criterio de la actividad desplegada. Entre estos se coloca el riesgo. En tal sentido, la culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil, como el caso de los artículos 1318 a 1231 de nuestro Código Civil; en tanto que, por medio del criterio objetivo se imputa

(25) DESDENTADO BONETE, Aurelio. "El daño y su valoración en los accidentes de trabajo". En: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Nº 79, pp. 79-80.

(26) ROCA TRIAS, Encarna. "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". En: *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, octubre de 2009. <www.Indret.com>.

a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. En nuestro Sistema Civil, este criterio está previsto para el caso de la responsabilidad civil extracontractual, tal como se advierte del artículo 1971.

De lo indicado, se advierte entonces que en la responsabilidad derivada de accidente laboral hay dos ámbitos diferentes: la responsabilidad objetiva referida a las prestaciones laborales; y, la responsabilidad subjetiva, de carácter culpabilista y exigible al empresario como consecuencia de su acción u omisión. Por lo tanto, para delimitar el incumplimiento contractual se atiende a la infracción del deber de protección al que hace referencia el artículo IX del Título Preliminar de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo(27).

Gómez Pomar(28) considera que la distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del Derecho de Daños. Agrega que, una y otra regla constituye igualmente la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el Juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos. Por su parte, Díez-Picazo(29) pone de manifiesto que el Derecho de Daños se vio afectado desde el siglo XIX como consecuencia de la Revolución Industrial, que dio lugar a un enorme aumento de los accidentes causados por los ferrocarriles, por el transporte urbano, por el manejo de las nuevas fuentes de energía –como gases y electricidad– y también por el aumento de los accidentes de trabajo. Ante el problema que significaba probar en sede judicial la existencia de culpa en el agente causante de los daños sufridos, la jurisprudencia, aplicando el principio *pro damnato*, comenzó a establecer unas medidas tendentes a facilitar al dañado la consecución de su resarcimiento. Por su parte, el Tribunal Supremo español(30) ha señalado que se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él corresponde desvirtuar esta presunción, mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida. No basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo y el daño

(27) Artículo IX. "Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores".

(28) GOMEZ POMAR, Fernando. "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva". En: *Revista InDret* 1/2001. <http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf>.

(29) DIEZ PICAZO. *Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 2000, p. 93 y ss.

(30) Sentencia del Tribunal Supremo español de 13 de febrero de 2003. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/>.

se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

El poder de dirección del empleador y las obligaciones preventivas le imponen que actúe con un grado de diligencia exigible que garantice efectivamente la seguridad del trabajador. Por lo tanto, cuando se ha producido un accidente, todo hace suponer que el empleador no ha actuado con la diligencia exigible, frente a lo cual el Tribunal Supremo español[31] señala que no puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario crea el riesgo, mientras que el trabajador –al participar en el proceso productivo– es quien lo sufre; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar y, en último término, está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias, estableciéndose el deber genérico de garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores.

VI. LA INDEMNIZACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es claro que el incumplimiento empresarial de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo es susceptible de provocar consecuencias jurídicas en el ámbito administrativo, civil y penal; sin embargo, con independencia de tales efectos, existe un conjunto de normas reparadoras de los daños y perjuicios que haya sufrido el trabajador, las cuales se encuentran integradas en las diversas prestaciones que prevé el artículo 9 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley Nº 26790; no obstante ello, consideramos que, a aparte de aquella protección reparadora, se halla prevista la posibilidad de una ulterior responsabilidad civil por daños y perjuicios derivada del incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad y salud, pero de carácter complementario a la anterior, dada la insuficiencia de las prestaciones que brinda el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, cuyo cumplimiento oportuno y mantenimiento de la correspondiente prima no es razón suficiente para liberar de responsabilidad

(31) Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de junio de 2010 Rcud. 4123/08; en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/>.

absoluta al empleador; lo cual tiene pleno fundamento, dado que se ha hecho referencia a que las reglas sobre compatibilidad de acciones pretenden asegurar que se reparará el daño causado a la víctima y, a la vez, impedir que esta se enriquezca por los perjuicios sufridos. Se trata de evitar los peligros de la infracompensación, que incentiva la causación de accidentes, y los riesgos de la sobrecompensación, que desincentiva comportamientos diligentes de la víctima. La reparación integral es uno de los objetivos del Derecho de Daños(32).

Por lo indicado, anteriormente, consideramos importante que el legislador peruano haya incorporado el principio de prevención en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, según el cual, "El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores (…)"; así como el principio de responsabilidad, el cual opera frente a la ocurrencia de hechos generadores de daños en la persona del trabajador, sea por accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales; pues, se ha indicado que, aun cuando el daño se haya producido en una relación de servicio no implica que el trabajador tenga la obligación de sacrificarse y soportar las secuelas sin más indemnización que la ofrecida por las prestaciones de la Seguridad Social, más aún cuando no tuvo intervención alguna en la producción del resultado dañoso.

Cabe precisar que los empleadores están sujetos a la Ley Nº 29873 y su Reglamento; y, en consecuencia, obligados a su cumplimiento, por lo que en los supuestos de infracción de dichas obligaciones, la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional podrá reclamar contra su empleador por los daños y perjuicios sufridos; precisando que este únicamente responderá en aquellos supuestos en que haya incumplido con sus obligaciones de prevención de riesgos profesionales, en cuyo caso la indemnizatoria deberá operar bajo el principio de reparación íntegra de la víctima, pero teniendo en cuenta las prestaciones que corrieron a cargo de la Seguridad Social, a fin de evitar un abuso del derecho.

(32) LUQUE, Manuel; GÓMEZ, Carlos y RUIZ, Juan Antonio. "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil". En: *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2006. <www.indret.com>.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL
Razones que sustentan su expulsión del ordenamiento jurídico

ADOLFO CIUDAD REYNAUD[1]

Diversos artículos de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil, son inconstitucinales por ser incompatibles con nuestra norma fundamental y por ser violatoria de diversos tratados internacionales ratificados por Perú. La inconstitucionalidad de esta norma afecta al derecho de negociación colectiva, al derecho de huelga, al derecho de igualdad y no discriminación, y a la garantía de carrera administrativa. Además, es inconstitucional por no haber sido aprobada como ley orgánica.

En este artículo nos referiremos a las razones que sustentan la inconstitucionalidad en cada caso.

I. RELACIÓN LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA (DIÁLOGO SOCIAL) Y FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Con relación a la negociación colectiva, un primer problema de la Ley del Servicio Civil es que al prohibirse la negociación de condiciones económicas, se afecta el diálogo social que es parte consustancial de la democracia. A través de una negociación colectiva plena se permite que, en el ámbito laboral, se acuerden las condiciones económicas y de trabajo en las que se prestará el trabajo humano,

(1) Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y consultor independiente. Se desempeñó como Especialista Principal en Legislación Laboral, y Administración del Trabajo de la Oficina de la OIT. Para la elaboración de este ensayo se contó con la valiosa colaboración de Andrea Sánchez Matos. adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com.

a través de la representación que ejercen el Estado como empleador, y las organizaciones de trabajadores. Al ponerse obstáculos para el ejercicio pleno de la negociación colectiva de los trabajadores públicos, se debilita entonces el diálogo social y la democracia.

Este es el enfoque que la Organización Internacional del Trabajo ha tenido desde su creación en 1919 que está claramente señalado en sus instrumentos fundacionales, como en documentos recientes referidos al continente americano, como el Informe del Director General de la OIT presentado a reunión regional americana de esta organización en el 2006 (la Agenda Hemisférica 2006-2015). En este documento se señala que se requiere promover la democracia, y fundamentalmente, el diálogo social a nivel general y, en particular, en el nivel del mercado de trabajo. Esto implicaría, de un lado, promover y fortalecer los mecanismos institucionales del diálogo social (Consejos Nacionales de Trabajo, Consejos Superiores de Trabajo, Consejos Económicos y Sociales, entre otros), esto es, el diálogo social en la cúpula; y de otro lado, promover, fortalecer y facilitar, el diálogo social en la base del mercado de trabajo a través de la negociación colectiva de empresa y, donde resulte apropiado, a nivel de industria o rama de actividad económica, en donde exista la suficiente entidad material para ello y el acuerdo de los interlocutores sociales(2).

Como señala la aludida Agenda Hemisférica aprobada en forma tripartita por los delegados que concurrieron a la reunión regional americana de Brasilia del 2006, "no es posible promover la democracia si no se asocia el diálogo social a los procesos de participación ciudadana que la consolidan y la fortalecen". Se subraya, que este tipo de participación abarca la apertura al diálogo, la transparencia y el fortalecimiento de la representatividad tanto en el Sector Público como en el Sector Privado: "Los procesos de participación deben alcanzar los ámbitos nacional y local y llegar hasta el propio lugar de trabajo. Esta participación ciudadana debe ir más allá del ejercicio del derecho a voto para la elección de las autoridades gubernamentales o los representantes en los órganos legislativos. Las sociedades democráticas requieren procesos de participación, y estos necesitan un diálogo abierto y el compromiso de la sociedad y de sus actores, quienes deben tener representatividad para opinar acerca de las decisiones que los afectan. El déficit de representación de mujeres en las instancias de diálogo social debe considerarse como un problema del ejercicio de la ciudadanía"(3).

(2) OIT, Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015, Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006, p. 21.

(3) Ídem.

Tal enfoque, continúa el informe, "permite definir la negociación colectiva como una forma de diálogo social, tal como se planteó en la Memoria para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999). En ella se hace referencia al diálogo social "en sus múltiples formas y niveles, desde la cooperación y las consultas tripartitas nacionales hasta la negociación colectiva en la propia empresa". Se señala, asimismo, que con el diálogo social "los interlocutores sociales pueden fortalecer, además, una gobernación democrática, al crear unas instituciones del mercado de trabajo vigorosas y flexibles que contribuyan a una paz y una estabilidad social y económica duraderas"(4).

Este enfoque concuerda con la "definición mínima de democracia", de Norberto Bobbio, de acuerdo con la cual "se entiende por régimen democrático un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados"(5). Este mismo autor añade que "cuando se desea conocer si se ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país, se debería investigar no si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en la decisiones que les atañen, sino los espacios en los que pueden ejercer ese derecho. Hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, **la empresa** y **el aparato administrativo**, no sean afectados por el proceso de democratización (...), el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente"(6).

Como puede verse, el fomento de la negociación colectiva y del diálogo social tiene una importancia política trascendental para el afianzamiento de la democracia y que sin regresar al anterior Estado productor y excesivamente intervencionista, avance en la construcción de un Estado normativo, promotor, regulador y generador de nuevos sistemas de solidaridad(7). Un Estado que esté al servicio de todos sus ciudadanos tiene que respetar la existencia de una sociedad pluralista, "lo que solo puede fundarse en la construcción de consensos a través del diálogo social. Este diálogo deberá ser el canal de participación de las organizaciones representativas de los sectores sociales directa o indirectamente involucrados. Es decir, el diálogo social será el camino para procesar los diferentes

(4) Ídem.

(5) BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 18.

(6) Ibídem, p. 35. El resaltado es nuestro.

(7) Cfr. OIT. *Trabajo decente en las Américas* ... Ob. cit., p. 14.

intereses y alcanzar consensos básicos sobre cómo construir el Estado que piden los ciudadanos"[8].

Basado en esta mismas consideraciones, Baylos ha señalado también que el diálogo social es, antes que nada, expresión del principio de pluralismo social, y, en consecuencia, pieza fundante del sistema democrático[9].

En efecto, en la medida que la democracia se sustenta en una visión pluralista de la sociedad, todos los intereses de los diferentes grupos sociales, tanto de empleadores como de trabajadores, deben estar representados en un Estado auténticamente democrático.

En tal virtud, el marco normativo de una sociedad pluralista debe suponer un compromiso, un pacto normativo de convivencia política entre los distintos sectores sociales. Así como se reconoce el derecho de propiedad privada y de libertad de empresa, deben de reconocerse también garantías y derechos en favor de los trabajadores, los ciudadanos que trabajan (que además son la mayoría en la sociedad), tanto de naturaleza individual como colectiva, destinadas a balancear y equilibrar el sistema nacional de relaciones de trabajo.

De esta forma, un gobierno que propugna o que tiende a la concertación nacional para todo el país, en el plano laboral debe traducirse en un gobierno de concertación social que propicie un clima de diálogo y paz que contribuya al desarrollo económico sustentable, a la lucha contra la pobreza y la paz social.

Así, la actitud de un gobierno pluralista se diferencia radicalmente de la actitud de gobiernos autoritarios y antidemocráticos que caracterizan su gestión laboral en mecanismos de imposición vertical y en la permanente ausencia de mecanismos de diálogo social.

No cabe duda de que un sistema de consenso y de negociación-concertación permite canalizar las demandas sociales e interpretar los requerimientos de los diferentes sectores mediante la articulación de acuerdos y alianzas. Este tipo de aproximación la consideramos indispensable, en la medida que ninguna unidad político-social puede existir sin un mínimo de integración, y por lo tanto, de un auténtico consenso.

El logro de tal consenso solo será posible si lo entendemos como un fenómeno dinámico, lo que significa que el consenso debe lograrse cada vez de nuevo,

(8) Ibídem, p. 14.

(9) BAYLOS GRAU, Antonio. *Diálogo social y autonomía colectiva*. Universidad de Castilla-La Mancha.

cuando nuevos grupos expresen sus demandas y cuando las relaciones dadas sufran cambios o alteraciones.

La concertación se convierte así, desde el terreno laboral, en el vehículo que permite afirmar la democracia, y a su vez, en instrumento por medio del cual se democratizan las estructuras, instituciones y procedimientos de las relaciones de trabajo.

La democracia, pues, para ser auténtica, debe llegar al mundo del trabajo, y viceversa, solo la democracia permite la plena vigencia de las libertades y derechos humanos fundamentales como la libertad sindical y la negociación colectiva.

No obstante esa importancia del diálogo social en países como el nuestro que está en pleno proceso de recuperación y consolidación de la democracia, esta ley se aprobó sin consulta ni consenso de los trabajadores del Sector Público. Esto a pesar que en materia laboral los Convenios de la OIT 122 (sobre políticas de empleo) y 144 (sobre consulta tripartita), ambos ratificados por Perú, obligan a los Estados a consultar con las organizaciones de empleadores y de trabajadores cualquier modificación de la legislación laboral.

Estamos de acuerdo que es de una imperiosa necesidad contar con una administración pública eficiente que garantice que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y mejoren su calidad de vida. Es también esencial para un desarrollo económico y social sostenible, para lo que se necesita que se presten servicios de alta calidad. No obstante, estos desafíos solo pueden ser alcanzados a través de diferentes formas de diálogo social y, muy particularmente, de la negociación colectiva entre las organizaciones sindicales y la administración pública.

II. RESTRICCIÓN DEL DIÁLOGO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Esta inconstitucional ley no solo fue aprobada sin diálogo ni consulta previa, sino que ha afectado el diálogo social en forma permanente al restringir el derecho de negociación colectiva solo a condiciones de trabajo, vaciándola de contenido al prohibirse la negociación de condiciones económicas, con lo que se elimina el contenido salarial, en violación del artículo 28 de la Constitución que reconoce el derecho de negociación colectiva sin ninguna restricción. De igual forma se afecta el artículo 23 de la Constitución que asigna al Estado la responsabilidad de promover condiciones para el progreso social y económico y asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales.

Los artículos de la Ley Nº 30057 que lesionan el derecho de negociación colectiva son los siguientes:

1) El artículo 31.2, que dispone que las **compensaciones económicas no son materia de negociación**.

2) El artículo 40, que establece que **ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de puestos de la ley**.

3) El artículo 42, que **solo permite** a los trabajadores públicos **solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas**.

4) El artículo 43, que señala que el pliego que da inicio a la negociación colectiva **solo** puede contener **peticiones respecto a condiciones de trabajo**; y,

5) El artículo 44, que dispone que las **propuestas** de la entidad estatal relativas a **compensaciones económicas son nulas** de pleno derecho, y que también son **nulos los acuerdos** adoptados en violación de dicho artículo.

Se ha legislado así trasgrediendo lo expresamente señalado en el artículo 28 de la Constitución que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que están ubicados dentro del Título I, "De la persona y de la sociedad", aplicable a todos los ciudadanos peruanos que trabajan. El referido artículo no solo garantiza la negociación colectiva sino que impone la obligación al Estado de fomentarla como parte de la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De esta forma, mientras la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva en forma completa e integral, la Ley Nº 30057 solo reconoce una parte de la negociación colectiva (para condiciones de trabajo), mientras que prohíbe la otra parte sustancial de la negociación colectiva (las condiciones económicas). Con ello, se restringe, limita y vacía de contenido a este importante derecho fundamental en el trabajo.

En efecto, la negociación colectiva es uno de los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo junto con la libertad sindical. En junio de 1998, la OIT adoptó por acuerdo tripartito de todos sus constituyentes (todos los gobiernos y representantes de empleadores y trabajadores del mundo), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Estos principios, entre otros, incluyen el reconocimiento efectivo del derecho

de negociación colectiva, que deben ser respetados con independencia de la ratificación o no de los ocho convenios fundamentales.

El diálogo social entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores de la Administración Pública, son congruentes con los instrumentos fundacionales de la OIT, como la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada como parte integrante de la Constitución de la OIT, que establece que una de las principales misiones de la OIT es la de **promover la negociación colectiva en el mundo entero**, resaltando "la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr (…) el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva".

Nuestro Tribunal Constitucional así lo ha entendido también y enfatizado en diversas oportunidades, como en el Caso Cosapi S.A., Exp. Nº 0785-2004-AA/TC, en cuyo fundamento 5 ha señalado que:

> "(…) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado".

La titularidad del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos goza de amplia jurisprudencia consolidada en la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el Exp. Nº 008-2005-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad presentada contra diversos artículos de la Ley Nº 28175, Marco del Empleo Público, en el fundamento 29 ha definido al convenio colectivo:

> "como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a **remuneraciones**, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. (…) " (el resaltado es nuestro).

Agregando además que:

> "La convención colectiva –y más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral".

Igualmente, en el fundamento 52 de dicha sentencia se ha precisado que:

> "(…) la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos **serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42**, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, lo que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional".

Por ello, en el quinto punto resolutivo de la sentencia emitida en el Exp. Nº 008-2005-PI/TC, se resolvió:

> "DECLARAR que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28 de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por 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 o Protocolo de San Salvador; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6 del Convenio Nº 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio Nº 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".

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado los alcances del derecho a la negociación colectiva, señalando que cualquier limitación debe aplicarse en forma restrictiva y que su contenido esencial son las remuneraciones y condiciones de trabajo y empleo (Exp. Nº 0261-2003-AA/TC, Negociación colectiva por rama de actividad, Capeco, f. j. 3).

Asimismo debe tenerse en cuenta que la negociación colectiva es también contenido esencial de la libertad sindical y ha sido reconocida así, expresamente, por los órganos de aplicación y control de la OIT; en tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que "(…) el derecho de la libre negociación colectiva constituye un derecho sindical fundamental. (…) (y que) el derecho a negociar

libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical (…)".

Por esto el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actividad, normativa o administrativa, que signifique un impedimento para que las organizaciones de empleadores y trabajadores puedan negociar libremente, celebrar un convenio colectivo que es su resultado y que este convenio colectivo sea ejecutado conforme la libre voluntad de ambas partes. En otras palabras, constituye una verdadera obligación por parte del Estado de respetar la facultad normativa de los sujetos sociales; de manera tal que esta sea efectivamente autónoma y libre de imposiciones de terceros y en especial del propio Estado.

En ese sentido, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en 1949, y ratificado por Perú el 2 de marzo de 1960, se refiere a la obligación de las autoridades públicas de los países que lo han ratificado, no solo de respetar o garantizar el derecho de negociación colectiva, sino que impone la obligación de **estimular y fomentar** la misma.

Debe precisarse que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su Estudio General sobre el Convenio 151[(10)], ha señalado que la negociación colectiva en la Administración Pública es la práctica común a nivel internacional:

> "325. **La negociación colectiva de las remuneraciones de los empleados públicos se practica actualmente en casi todos los países de Europa y de América, en un número considerable de países de África y en algunos países de Asia/Oceanía**. Algunos estados no incluyen salarios en el ámbito de aplicación de la negociación colectiva en la Administración Pública[(11),] pero otros en cambio, como **Kiribati**[(12)], la ex **República Yugoslava de Macedonia**[(13)] y **Mauricio**, fueron felicitados recientemente por la Comisión por los progresos realizados a este respecto[(14)].

(10) OIT. *La negociación colectiva en la Administración Pública, un camino a seguir.* Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª Reunión, Ginebra, 2013.

(11) Véanse, por ejemplo, Burundi - CEACR, observación, 2011; Filipinas - CEACR, observación, 2011, y Rumanía - CEACR, observación, 2011.

(12) Kiribati - CEACR, observación, 2011.

(13) Ex República Yugoslava de Macedonia, CEACR, solicitud directa, 2005.

(14) Mauricio - CEACR, observación, 2011.

Por otra parte, el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, adoptado en 1978, y ratificado por Perú el 27 de octubre de 1980, incluye disposiciones en la misma dirección de estímulo y fomento de la negociación colectiva. Así precisa lo siguiente:

> "Artículo 7.- Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de 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 públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

Llegado a este punto debemos referirnos a la incorrecta línea de argumentación por la cual se sostiene que, a pesar de que la Constitución reconoce y fomenta el derecho de negociación colectiva, como el artículo 7 del Convenio 151 no la menciona expresamente sino que se refiere a "**cualesquiera otros métodos**" que permitan participar en la determinación de las condiciones de empleo, entonces eso implica que los trabajadores públicos no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, o que pueden tener menos negociación colectiva que lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política.

En Perú el derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos se sustenta principalmente en la Constitución (art. 28), y subsidiariamente, en el Convenio 151. En nuestro caso el Convenio complementa, amplía, pero no puede restringir, no puede interpretarse *in peius*, no puede menoscabar. Esto es así en virtud de que el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT dice, textualmente:

> "8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por un Miembro, **menoscabará** cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores interesados **condiciones más favorables** que las que figuren en el convenio o en la recomendación" (el resaltado es nuestro).

Como señala Nicolás Válticos, el objeto de los convenios es mejorar la condición de los trabajadores y que estos tienen el carácter de normas mínimas.

> "Si un país que ratifica un convenio posee ya una legislación y una práctica **más favorable** a los trabajadores que el contenido del convenio, esta ratificación **no le obliga en absoluto a reducir el nivel**

> **de su legislación y de su práctica hasta los límites del convenio**. Este no podría invocarse en ningún caso para apoyar la reducción de la protección existente en virtud de la legislación anterior" [15] (el resaltado es nuestro).

En otras palabras, si ya la Constitución Política peruana ya reconoció y garantizó la negociación colectiva de los empleados públicos, por aplicación del Convenio 151 no se la puede menoscabar sustituyéndola por otras formas de participación que tal norma internacional ha establecido para países de menor desarrollo legal.

Hay que tener en cuenta que los convenios de la OIT, como todos los tratados, están redactados realidades sociales y jurídicas muy diferentes.

Finalmente, debe indicarse que la Defensoría del Pueblo, mediante Informe Nº 001-2014-DP/AAE, del 4 de febrero de 2014, ha emitido opinión sobre las restricciones a la negociación colectiva contenida en la Ley del Servicio Civil, que establecen que los artículos 42, 43 y 44 de la Ley Nº 30057, señalando que "vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva, pues establecen restricciones que no son excepcionales ni se limitan a lo estrictamente necesario, ni se han establecido por un periodo razonable".

III. NORMA CUESTIONADA EN MATERIA DE HUELGA

Con relación al derecho de huelga, el artículo 45.2 de la Ley del Servicio Civil permite a la entidad pública la contratación temporal del personal necesario para garantizar la prestación de servicios mínimos de los servicios esenciales y los mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, con lo que en la práctica se elimina el derecho de huelga en el Sector Público.

El problema consiste en que la ley no detalla qué actividades serán consideradas como servicios esenciales, lo cual implica que las limitaciones al derecho de huelga podrían extenderse más allá de los supuestos admitidos por los órganos de control de la OIT para la calificación de un servicio como "esencial". Actos arbitrarios de la administración podrían hacer que el derecho de huelga, reconocido en la Constitución se vuelva inoperante en la práctica, tal como puede

(15) VÁLTICOS, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*. Tecnos, 1977, Madrid, p. 487.

ocurrir, con el vacío legal que tiene esta norma, que no se puede corregir con disposiciones reglamentarias de inferior jerarquía que pueden fácilmente cambiarse al gusto del gobernante de turno.

Tampoco se detalla cómo será el proceso de determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen. Ello genera inseguridad jurídica que puede prestarse a conductas arbitrarias de las autoridades públicas.

De otra parte, también se pone en peligro la efectividad del derecho al incluirse la noción de "servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad" porque no señala qué actividades serán consideradas como tales, con lo que a través de ese concepto se podría extender injustificadamente las restricciones de este derecho.

Por lo tanto, este artículo 45.2 viola el derecho de huelga garantizado por los artículos 28 y 42 de la Constitución. El derecho de huelga forma parte indisoluble de derecho de libertad sindical, pues es uno de sus medios de acción.

IV. NORMA CUESTIONADA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

De otro lado, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley del Servicio Civil prohíbe cualquier forma de progresión para los funcionarios sujetos a los Decretos Legislativos Nºs 276 y 728, lo que implica que no se les aplicará nunca más ninguna mejora, ascenso, ni incremento salarial. Esto implica que verán sus remuneraciones y condiciones de trabajo congeladas de por vida, a pesar de que tales regímenes establecen derechos a incrementos remunerativos, ascensos y mejoras de diversa índole. Esto equivale a la muerte civil por el hecho de no someterse a concurso para ingresar al nuevo régimen de la Ley de Servicio Civil. Con esta disposición se discrimina y se otorga un trato diferente no justificado respecto de aquellos que, estando en el mismo régimen y realizando las mismas labores, sí optan por acogerse a la Ley del Servicio Civil.

Pero esto no es así para todos, pues la Ley del Servicio Civil establece este régimen laboral para unos, pero su primera disposición complementaria y final excluye sin ninguna justificación a determinado grupo de trabajadores de sus alcances en materia de restricción del contenido salarial de la negociación colectiva: Banco Central de Reserva, Congreso de la República, Superintendencia Nacional

de Administración Tributaria - Sunat, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la Contraloría General de la República, entre otros.

Esto contraviene el artículo 26 de la Constitución que establece que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, así como el Convenio 111 de la OIT que define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en cualquier motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo o en la ocupación.

V. GARANTÍA DE CARRERA ADMINISTRATIVA

De otra parte, el artículo 40 de la Constitución establece la garantía de carrera administrativa que se traduce, entre otras cosas, en el principio de no injerencia política en el ejercicio de la función administrativa: tanto en el acceso al empleo público; al derecho de ascenso basado en el mérito y la capacidad; y en la restricción en la extinción del vínculo laboral frente a la libre remoción que rigen en el sistema de confianza política.

Pero la Ley del Servicio Civil ha establecido la supresión de puestos y la extinción de la entidad (incisos k y l, art. 49), como causales de término del servicio, lo que viola el principio de estabilidad laboral, que es uno de los principios orientadores de la carrera administrativa que tiene por finalidad excluir la discrecionalidad política para despedir a funcionarios de carrera.

El trabajador público tiene al Estado como empleador único. El Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el Estado es único e indivisible, por lo que la extinción de un organismo público no debería originar en forma directa e inmediata la extinción de un vínculo laboral en carrera administrativa, sino una reubicación en otro puesto. Con estas prescripciones se afecta la garantía de carrera administrativa.

VI. TRATAMIENTO DE LEY ORDINARIA Y NO DE LEY ORGÁNICA

Finalmente, la Ley del Servicio Civil tiene un problema de forma muy importante. Se aprobó por ley ordinaria y no por ley orgánica. El artículo 106 de la Constitución establece que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y

funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, para las que se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Las diversas leyes orgánicas de las instituciones establecidas en la Constitución tienen artículos de naturaleza laboral donde se determina el régimen laboral de sus trabajadores y determinadas condiciones de prestación del servicio. Por lo que si se modifica el régimen laboral de estos servidores previsto en una ley orgánica, debe hacerse a través de una ley orgánica y no de una ley ordinaria.

El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que se puede denunciar la inconstitucionalidad, por contravenir el artículo 106 de la Constitución, cuando se hubiera regulado una materia reservada a ley orgánica o cuando una ley general o norma con rango de ley modifique o derogue una ley aprobada como tal.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 17 de la Sentencia Nº 0009-2008-PI que:

> "El artículo 106 de la Constitución precisa que la fuente denominada 'ley orgánica' es competente para regular solo la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales de relevancia constitucional, esto es, 'las entidades del Estado previstas en la Constitución', así como todas las materias cuya regulación la Constitución ha reservado a tal fuente. De ahí que **sería inconstitucional que una ley ordinaria pretenda regular materias reservadas a leyes orgánicas**".

De igual forma, la Sentencia Nº 0023-2008-PI ha enfatizado tal idea señalando que los órganos constitucionales deben ser regulados en desarrollo del mandato constitucional, por leyes orgánicas que definen su estructura. Por el contrario, la Ley Nº 30057, establece un régimen laboral que puede afectar la autonomía funcional y administrativa de los órganos constitucionales, en la medida que tales entidades ya no podrán más determinar la oportunidad y formas de la evaluación de su personal, además que el Cuadro de Puestos de la Entidad será aprobado por el Consejo Directivo de Servir con opinión favorable de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros aspectos, sin que tales entidades del Estado tengan la posibilidad siquiera de opinar.

Por ello, la Ley del Servicio Civil Nº 30057, aprobada como ley ordinaria, afecta la garantía institucional de la autonomía funcional y administrativa de tales entidades por imponerles una organización del trabajo que importa modificación de los documentos de gestión que tienen establecidos, obligan a la modificación

de beneficios que se les tiene reconocidos en sus respectivos reglamentos internos de trabajo, con lo que modifica las respectivas leyes orgánicas de estas entidades constitucionales, modifica el régimen laboral que las leyes orgánicas tienen establecido, así como que la evaluación del personal será dirigida por Servir, lo que implica que el Poder Ejecutivo tendrá una injerencia determinante en el personal de entidades constitucionales que se rigen por una ley orgánica, lo que puede implicar una directa forma de intervención en aquellas.

Hay que tener en cuenta que las entidades y materias reservadas a ley orgánica en la Constitución, que contienen regulaciones en materia laboral, son las siguientes:

- Ley Orgánica de Elecciones (art. 31);
- Ley de la Contraloría General de la República (art. 82);
- Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (art. 84);
- Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 143);
- Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 150);
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (art. 161);
- Ley Orgánica de Municipalidades (art. 196);
- Ley Orgánica de las Regiones (art. 198);
- Ley Orgánica de Garantías Constitucionales (art. 200);
- Ley del Consejo de Ministros (art. 121);
- Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 158);
- Ley del Jurado Nacional de Elecciones (art. 177);
- Ley de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (art. 177);
- Ley del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (art. 177);
- Ley del Tribunal Constitucional (art. 200 y 201).

Todos estos órganos, que se regulan mediante leyes orgánicas, se han visto afectados en su autonomía administrativa y funcional por la Ley Nº 30057, en

lo que respecta a la gestión de su personal como se ha indicado precedentemente. A pesar de ello, la Ley Nº 30057 se aprobó como una ley ordinaria con solo 57 votos, cuando constitucionalmente debió se aprobada con una mayoría calificada de 66 votos, conforme corresponde a las leyes orgánicas.

Por todo lo anterior, estimamos que los artículos antes indicados de la Ley del Servicio Civil deberán ser expulsados del ordenamiento jurídico nacional por ser contrarios a la Constitución, e incompatibles con un Estado democrático de derecho, al que corresponde un sistema democrático de relaciones de trabajo basado en el diálogo y la cooperación, así como en el ineludible respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, entre los que no puede faltar la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva sin restricciones impuestas por la ley.

PRESENTE Y FUTURO DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI[1]

I. INTRODUCCIÓN

Por razones de espacio, solamente me voy a limitar a tratar un aspecto concreto del despido discriminatorio en Argentina: las consecuencias posibles sobre la relación laboral extinguida por esa vía. No incluyo, pues, la compleja temática referida a la prueba de la discriminación, sobre la cual el Máximo Tribunal del país se pronunció en los recordados casos "Pellejero"[2] y "Pellicori"[3], adoptando, en el segundo, la siguiente doctrina: "(…) resultará suficiente (…) con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

Acerca del tema de la presente colaboración, resalto la relevancia que ha tenido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Álvarez"[4], en razón de haber sido la primera oportunidad en la que el

(1) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Profesor extraordinario de la Universidad Austral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) CSJN, "Pellejero María Mabel s/ amparo s/ apelación"; sentencia del 07/12/2010.

(3) "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", sentencia del 15/11/2011.

(4) "Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.", sentencia del 07/12/2010.

Tribunal se pronunció respecto de un pedido de nulidad de un despido discriminatorio y readmisión del trabajador, en el ámbito del empleo privado. Lógicamente, esta apreciación no incluye los supuestos en los que el ordenamiento legal, en materia laboral, contempla expresamente esa solución, lo cual simplifica el problema ya que no resulta necesario apelar a normas de carácter general, o a mecanismos de complementación o integración de normas laborales por normas generales.

La CSJN, ha mantenido, hasta el día de hoy, la doctrina del caso "Álvarez". Lo ha hecho, más allá de las particularidades de cada caso, en "Camusso[5]", y, en lo que va de 2014, en "Ledesma"[6] y "Monteagudo Barro"[7]. No obstante, las vacantes ya producidas en el Tribunal por el deceso de dos de sus ministros, y el anunciado alejamiento del ministro Zaffaroni (por renuncia), a concretarse el 31 de diciembre del año en curso, plantean dudas de cara al futuro inmediato, en razón de lo que explicaré en las conclusiones.

II. LAS SOLUCIONES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL DESPIDO

El ordenamiento laboral argentino, no cuenta en la actualidad con una norma legal específica que sancione el despido discriminatorio en general[8]. La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), prohíbe la discriminación por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (arts.17 y 81), pero no ha previsto una sanción para el caso de violación de dicha prohibición, a excepción de lo que acontece respecto de las mujeres discriminadas por razones de

(5) "Camusso Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio sumarísimo", sentencia del 26/06/2012.

(6) "Ledesma Florencio c/ Citrus Batalla S.A. s/ sumarísimo", sentencia del 09/09/2014

(7) "Monteagudo Barro Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", sentencia del 28/10/2014.

(8) Por encima de la ley, rigen varias normas que prohíben la discriminación, implícita y expresamente. Con jerarquía constitucional, los arts.14, 16, 17, 18, 36, 41, 43, 75.19, 75.23 (CN), art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 2 de la Convención sobre los derechos del niño; y Convenio Nº 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación. Con jerarquía infra constitucional pero supra legal, rigen los siguientes convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Nº 97, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva; Nº 100, sobre igualdad de remuneración; Nº 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Nº 151, sobre relaciones de trabajo en la administración pública, Nº 135, sobre los representantes de los trabajadores; y Nº … sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

matrimonio y embarazo, a quienes se les reconoce una indemnización especial equivalente a trece salarios. La Ley de Asociaciones Sindicales Nº 23.551 (LAS), protege a los delegados de personal, a quienes desempeñen cargos electivos o representativos, y a los postulantes para desempeñarse en un cargo de representación sindical (en todos los casos siempre que la función se cumpla o vaya a cumplirse en un sindicato con personería gremial). Lo hace, en lo que aquí interesa, prohibiendo el despido durante un lapso determinado, salvo que exista una resolución judicial previa que les excluya la tutela. La sanción, en caso de violación de la prohibición legal es, a opción del trabajador, la nulidad del despido, su readmisión, y el pago de los salarios que se devenguen desde el despido hasta el dictado de la sentencia, o el pago de una indemnización que se cuantifica en un monto igual a los salarios que correspondieran al tiempo restante del mandato, más un año. El candidato no está comprendido en dicha opción, limitándose la sanción al pago de una indemnización que se define sobre la base del parámetro señalado.

En razón de la carencia apuntada, y hasta que la CSJN dictara sentencia en el caso "Álvarez", se han propuesto en el ámbito de la doctrina, y se fueron adoptando en la jurisprudencia, soluciones diferentes, con base en las normas que se consideraron aplicables. Para que se tenga una idea lo más aproximada posible, diría que los criterios han sido tres: a) validez del despido, con pago de una indemnización agravada respecto de las rupturas incausadas decididas por el empleador (Carcavallo, 2003; Rodríguez Mancini, 2004)[9]; b) nulidad del despido con readmisión del trabajador (Vázquez Vialard, 2005)[10]; c) nulidad del despido, con opción del empleador por la readmisión del trabajador, o el pago de una indemnización[11].

Particularmente, me manifesté a favor de la sanción de nulidad del despido discriminatorio, con readmisión del trabajador, sin que el empleador pudiera optar por mutar readmisión por indemnización[12]. Sostuve que la falta de una norma especial en el ordenamiento laboral que estableciera una sanción para los despidos discriminatorios en general, no era óbice para integrar el texto del artículo 17 de

(9) Por todas, la sentencia de la CNAT, Sala II, en autos "I.,N.E. c/ Lamartine S.A.", 21/09/2005.

(10) Con anterioridad al pronunciamiento de la CSJN en "Álvarez", el leading case de la CNAT, Sala X, en "Stafforini Marcelo Raúl c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", 29/06/2001; seguido, entre otros "Balaguer Catalina T. c/ Pepsico de Argentina S.R.L." (CNAT, Sala VI, 10/03/2004), "Greppi Laura K. c/ Telefónica de Argentina S.A." (CNAT, Sala IX, 31/05/2005), "Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A." (CNAT, Sala V, 21/12/2006), y "Quispe Quispe Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A." (CNAT, Sala V, 20/12/2007).

(11) CNAT, Sala I, en autos "Risso Fernando c/ Fate S.A.", sentencia del 26/04/2010, Sala X, "Cejas Adrian E. c/ Fate S.A.", sentencia del 22/03/2010.

(12) Lo más reciente, está publicado en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada Anotada y Concordada" (Dir. Rodríguez Mancini, Jorge), Tomo I, p. 690.

la LCT con el artículo 18 del Código Civil, o para aplicar, directamente, la Ley Nº 23.592 (Ley general destinada a sancionar actos discriminatorios). Y agregué, que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador (fundada en el artículo 17 de la LCT integrado con el art. 18 del Código Civil, o en el artículo 1 de la Ley Nº 23.592), no implicaba un ataque al principio, derecho o régimen de estabilidad impropia que, al decir del voto minoritario en "Vazquez", "gobierna el derecho laboral argentino". Tampoco fui ni soy de la idea que dicha solución entrañe una afectación a la libertad de contratar del empleador.

Entiendo que, para clarificar el problema, deben distinguirse dos momentos relacionados con la discriminación en el despido, y la posible afectación de la libertad de contratar del empleador. El primero, está dado por el despido del trabajador comprendido en alguna causal que implique discriminación. El segundo, por la imposición (al empleador) de la obligación de readmitir al trabajador discriminado, a raíz de la declaración de nulidad de su despido.

Vigente la relación laboral, el empleador tiene prohibido (por normas de rango constitucional, supralegal y legal), discriminar al trabajador. Si lo hace, comete un acto ilícito (art. 1066, Código Civil). En consecuencia, me parece un desatino la invocación, en el primero de los momentos señalados precedentemente, de la libertad de contratar. Sería un absurdo imaginar que la misma se reconoce para cometer ilícitos. Carece de lógica y de juridicidad que el empleador pretenda invocar amparo en el derecho de libertad de contratar, cuando decida llevar a cabo un despido que traiga aparejada discriminación. En conclusión, el despido de un trabajador, por cualquier causa vedada por ley, no es un aspecto que pueda (ni deba) considerarse integrante del contenido de la libertad de contratar, puesto que no hay libertad para cometer actos ilícitos. Esto es elemental.

El segundo momento (la obligación de readmisión del trabajador como consecuencia de la declaración de nulidad de su despido discriminatorio), sí requiere un cotejo con la libertad de contratar del empleador. En realidad, es aquí donde debe prestarse mayor atención a la problemática de la compatibilidad entre la nulidad del despido con readmisión del trabajador, y la libertad de contratar del empleador. No basta, pues, para nulificar un despido prohibido y ordenar la reincorporación del trabajador afectado, con argumentar que es inapropiado invocar la libertad de contratar cuando se invade el terreno de la ilegalidad o ilicitud. Se debe, también, sopesar la tutela de la prohibición de discriminación en el despido (nulidad con readmisión), con la libertad de contratar del empleador.

No encuentro ningún dato o fundamento que me lleve a concluir que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador, sea una medida que no se ajusta al test de adecuación o idoneidad (primer paso para determinar si la medida

es o no razonable). Lo es, ya que por su intermedio se logra el resultado querido por el legislador, que no es otro, que el de la preservación y tutela de derechos, bienes o intereses constitucionalmente relevantes (en el caso, la no discriminación y la dignidad humana).

Lo propio digo respecto del juicio o test de necesidad. Ello así, porque la nulidad del despido con readmisión del trabajador, es la mejor manera (la más efectiva), para resguardar la no discriminación y la dignidad humana, y, además, porque no existe otra medida menos gravosa e igualmente eficaz que aquella. El pago de una indemnización al trabajador discriminado, sumada a la prevista para los despidos sin causa, si bien podría considerarse menos gravosa para el empleador, no es igual en eficacia para el trabajador discriminado, ya que, en definitiva, se podría discriminar a cambio de una suma dineraria.

Resta indagar, si la nulidad del despido con reincorporación del trabajador sale ilesa del test de proporcionalidad stricto sensu. Planteado en términos más concretos, se requiere examinar, por un lado, si las desventajas ocasionadas a uno de los derechos concurrentes (en el caso, a la libertad de contratar del empleador) guardan una razonable proporción con las ventajas o la protección dispensada al derecho de no discriminación, y, por el otro, si la medida tuitiva, pone el liza el contenido esencial del mencionado derecho que le asiste al empleador. No me parece que, del balance de los derechos concurrentes de una y otra parte, resulte que la readmisión del trabajador signifique una desventaja irrazonable o desproporcionada al derecho del empleador. Lo sería, indudablemente, si tuviera que mantener al trabajador en su puesto de trabajo indefinidamente, sin poder ponerle fin al vínculo. Pero no es eso lo que deriva de la readmisión del trabajador. Concretada la misma, el empleador puede, inmediatamente, disolver el vínculo restablecido, por una justa causa (subjetiva u objetiva). Incluso, también podría invocar cualquier causa que, aún siendo jurídicamente irrelevante para liberarlo de toda responsabilidad indemnizatoria, sirva para neutralizar la lógica presunción de discriminación de un nuevo despido. No me parece, en consecuencia, que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador discriminado anulen o neutralicen la figura del despido sin causa. El empleador, aún después de haber ingresado en un ámbito de ilicitud por su decisión de despedir con base en un móvil discriminatorio, no pierde la posibilidad de ponerle fin (sin causa) a la relación laboral restablecida. Por ejemplo, una reestructuración en la producción, si bien no puede ser considerada una causa justa (relevante) a los efectos de extinguir el contrato de trabajo sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, podría sí bloquear o neutralizar la presunción de discriminación del nuevo despido. Presunción que, en varios supuestos, debiera considerarse refractaria a una limitación en el tiempo, dado que la causa de la discriminación acompaña a

la persona durante toda o gran parte de su vida. La nacionalidad, la raza, el sexo, la religión, la ideología, son claros ejemplos de esa idea. El despido, por tener tal o cual nacionalidad, tal o cual color de piel, etc. es lógico que haga presumir, hacia adelante, una reiteración por el mismo móvil. De ahí que no resulte apropiado asignarle a la presunción un tiempo determinado, como se contempla para los representantes gremiales en la Ley Nº 23.551.

Dicho esto, me restan dos señalamientos más de cara a la libertad de contratar del empleador.

Primero.- Una de las objeciones esgrimidas en contra de la aplicación de la Ley Nº 23.592, para fundar la nulidad del despido discriminatorio y ordenar la readmisión del trabajador, fue su carácter general. No comparto la objeción. Ello así, en razón de que no advierto una justificación valedera para admitir el binomio nulidad- reincorporación cuando el mismo estuviera previsto en una norma especial (laboral), y descartarlo para la ley general 23.592. ¿Por qué motivo, una norma especial que acoja dicho binomio, no constituiría un ataque "al principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino" (voto de minoría en *"Vázquez"*), o a la libertad de contratar del empleador, y una de carácter general (en el caso la Ley 23.592), sí. En realidad, si lo que está en juego es la libertad de contratar, tan inconstitucional sería (por hipótesis), la ley especial o la ley general. Me parece, que la especialidad de una norma legal no es determinante a la hora de decidir si la solución adoptada frente al despido discriminatorio es razonable o proporcionada. En los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricu sensu*, es irrelevante que la norma sujeta a examen sea especial o general.

Segundo.- Otra de las objeciones que se suelen leer en contra del binomio nulidad-readmisión, es la violación que el mismo implica al sistema, principio o derecho de estabilidad impropia. La eficacia otorgada por la ley a un despido sin causa, y con ello la posibilidad de que el empleador extinga –por dicha vía– la relación laboral a cambio del pago de una indemnización, no significa, en modo alguno, que se le haya reconocido un derecho al empleador. En realidad, el que tiene derecho a no ser despedido sin causa es el trabajador. Se trata de un aspecto que hace al contenido esencial del derecho fundamental al trabajo (arts. 14 y 14 bis CN, y arts. 23 DUDH, y 6 PIDESyC) ¿Qué derecho se le estaría reconociendo al trabajador (al trabajo), si, en paralelo, se dijera que el empleador tiene derecho a despedir sin causa. Eso es, ni más ni menos, que tergiversar el sentido que tienen las correspondientes normas de jerarquía constitucional, ya que supone la conversión del derecho de uno, en derecho del otro. En virtud de los conceptos más elementales en materia de obligaciones, mal puede un derecho del trabajador

significar un derecho del empleador, ya que "a todo derecho personal corresponde una obligación personal" (art. 497 Código Civil). El derecho del trabajador a no ser despedido sin causa (independientemente de los remedios legales destinados a concretar el mandato constitucional de tutela en esos casos), genera en cabeza del empleador una obligación de abstención (no despedir), no un derecho. De ahí que resulte inapropiado pensar que el empleador goza de un derecho a despedir sin causa, y que ese derecho constituya una parte o manifestación del contenido de la libertad de contratar.

III. CONCLUSIONES

Primera. Ante la ausencia de norma laboral que establezca una sanción específica para los despidos discriminatorios en general, es posible integrar el art. 17 de la LCT (la prohibición de discriminación), con el artículo 18 del Código Civil, que fulmina con la nulidad a los actos prohibidos por las leyes que no tengan asignada una sanción puntual. También es posible aplicar el artículo 1 de la Ley general contra la discriminación (Nº 23.592).

Segunda. El binomio nulidad - reincorporación en los despidos discriminatorios, no afecta derecho constitucional alguno del empleador, quien, en cualquier momento, podrá alegar cualquier causa para despedir al trabajador (subjetiva u objetiva). Causa que, aún descartándose que fuera justa en los términos de los artículos 242 y 247 de la LCT (relevante), en tanto real, resultará hábil para neutralizar cualquier presunción de discriminación en el nuevo despido. Lo dicho explica por qué, aquel binomio, carece de incidencia en el régimen de estabilidad impropia previsto legalmente para los despidos sin causa.

Tercera. La tercera conclusión complementa lo que adelanté en la introducción, y apunta a explicar por qué en el título incluí la referencia al futuro del despido discriminatorio, en la jurisprudencia de la CSJN. De los cuatro ministros que seguirán integrando el Tribunal, dos han formado mayoría en el precedente "Álvarez", y los otros dos, votaron en disidencia descartando la posibilidad de nulidad con reincorporación. Habrá que esperar, pues, que se complete el número cinco ministros y que el Tribunal se pronuncie nuevamente al respecto. Hasta que ello ocurra, no sabremos si la doctrina del citado precedente ha gozado –parafraseando a Rodríguez Mancini– de una estabilidad relativa, o si se mantendrá en el futuro.

¿TIENE SOLUCIÓN LA ECONOMÍA SUMERGIDA? UN EJEMPLO DE REFORMA INOPERANTE EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA

... querido mío
te recuerdo como la mejor canción
esa apoteosis de gallos y estrellas que ya no eres ...
Blanca Varela (Lima, 1926-2009)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL[1]

I. LAS CAUSAS DE LA ECONOMÍA SUMERGIDA

1. Tenía razón Paul Celan (Cernauti, 1920-París, 1970) al afirmar que **la oscuridad nos enriquece** (… *reicht euch das Dunkel* …), y ahí se encuentra el origen del pasmoso éxito de la economía sumergida en todos los países del mundo, cualquiera que sea el grado de desarrollo de su economía y de su sistema político, pues ni la mayor riqueza ni la mejor democracia preservan de un fenómeno social y económico que se muestra imbatible. Sus números se repiten doquiera y difícilmente bajan del 20 % del PIB, aunque la pobreza y los desajustes políticos son capaces de alcanzar porcentajes escandalosos, superiores al 50 % de la renta nacional.

(1) Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, socio del Despacho Roca Junyent.

2. La causa principal de la economía sumergida es el **egoísmo** de quienes trabajan y de quienes utilizan el trabajo de otros para obtener un margen positivo entre sus costes y sus precios, con el consiguiente beneficio económico. El egoísmo humano es, por lo tanto, una causa consciente de incumplimiento de la ley. Se conoce la ley pero se infringe porque interesa hacerlo, porque de cumplirla en toda su extensión la ganancia personal se reduce o incluso desaparece.

   Hablando en términos muy generales, los trabajos sumergidos que se guían por el egoísmo son muchas veces ilegales en sí mismos, por lo que su ocultamiento es presupuesto de su continuidad, pero, en la mayor parte de los casos, los trabajos son respetables y pierden esa respetabilidad cuando se realizan supeditando el interés general al interés personal de su ejecutor.

   No es necesario insistir demasiado en los trabajos esencialmente ilegales, en campos como los de la droga, la prostitución/pornografía, el tráfico de mano de obra y la delincuencia en general, nada de "negocios" testimoniales, por cierto, sino de muy grandes dimensiones. Y así, con éxito espectacular de lectores, sin escándalo alguno, Eric Schlosser se ha descolgado en su libro *Fast Food*, calculando que esta oprobiosa producción alcanza el 10 % del PIB en USA[(2)] y seguramente algunos países europeos no le van a la zaga.

   En cuanto a los trabajos que se pintan de negro por egoísmo, pero que son intrínsecamente blancos, la relación es interminable. Basten unos cuantos ejemplos diversos, con el común denominador de que todos ellos persiguen el objetivo del descontrol público de la riqueza que crean para que el beneficio privado sea mayor.

   Es egoísta el profesional liberal –médico, abogado, ingeniero, etc.– que cobra a su cliente sin ofrecerle siquiera la opción de extender un recibo por los honorarios.

   Es egoísta el carpintero, fontanero, electricista, etc. que a la hora de pasar la nota de su trabajo pregunta al cliente si lo quiere con IVA o sin IVA, conociendo la respuesta.

(2) El libro se editó por Penguin Books, en 2002. Desde 2004 cuenta con traducción española en la Colección Arena Abierta de la Editorial Debate. Un libro escalofriante en muchos pasajes, por ejemplo el relativo a la fabricación de la hamburguesa desde que la vaca inicia el martirio en el matadero, una verdadera historia gore.

Es egoísta el empleador que paga con recibo una parte del salario de sus trabajadores y les entrega un sobre con la retribución restante, o que contrata temporal debiendo hacerlo indefinidamente o que retrasa o evita el alta en la seguridad social, o paga la cuota sobre un salario menor del debido.

Es egoísta el trabajador que exige al empleador la opacidad de su trabajo para no perder el derecho a una prestación social.

Es egoísta el ciudadano que paga *cash* y en mano, para borrar el rastro bancario de la operación.

Es egoísta el restaurador que se lleva en el plato la nota del almuerzo, sin devolverla, obligando al cliente a reclamarla, y lo mismo cualquier otro expendedor de servicios.

Es egoísta quien desgrava esa factura, u otra similar, pretextando corresponder a un gasto necesario para la obtención de sus ingresos, cuando en realidad se trata de una fiesta familiar o con los conmilitones.

Es egoísta el que alquila un local de negocio o una vivienda, o una parte de esta, sin entregar recibo de la renta percibida del arrendatario.

Es egoísta el funcionario que realiza actividad retribuida para particulares, aconsejándoles en contra de la función pública que representa.

Es egoísta el que utiliza el trueque no porque ansía recibir el producto que cambia por el suyo, sino exclusivamente para borrar la marca del dinero.

Es egoísta quien tiene incompatibilidad para trabajar y para cobrar, pero manifiesta su predilección y disponibilidad de recibir ciertos obsequios.

Es egoísta, en fin, el parado que contribuye a agotar los escasos fondos disponibles, compatibilizando el subsidio público con el rendimiento del trabajo oculto ...

¡Para que más! ... Cuenta propia o cuenta ajena … ¡qué más tiene una cosa que otra! Evidentemente, toda la economía de un país no puede ser economía sumergida, pero casi todos los ciudadanos la practican deportivamente a lo largo de sus vidas, aunque al mismo tiempo se instalen de buen grado, o a la fuerza, dentro de la economía transparente. Asusta decir en voz alta lo que se piensa y no se dice, pero hecha la denuncia más peca esta de

encoger la realidad que de desbordarla. No cuesta, pues, comprender que presuma de ciudadano ejemplar el que distribuye su ganancia entre lo blanco y lo negro con predominio decidido de lo blanco ... Ni tampoco extraña imaginar que los impuestos confiscatorios que a veces imponen las leyes, han calculado la merma o la ponderación que la economía sumergida se encargará de aplicar a sus módulos.

La economía sumergida por egoísmo debe ser perseguida por los poderes públicos a través de todos sus medios, sin escatimar esfuerzos de organización, lo que implica a corto plazo la colaboración entre todos los existentes, estatales, autonómicos, locales e institucionales, legislativos, administrativos y judiciales, recorriendo el camino que llevaría de las actuaciones aisladas o segregadas de esos poderes, a la colaboración entre los mismos, empezando por un entrecruzamiento de los datos conocidos, tan sencillo hoy de aplicar convenientemente por medio de las desarrolladísimas tecnologías de información y comunicación y, sin embargo, tan excepcional en la práctica si es que alguna vez llega a producirse.

Lo que permite concluir que siendo esta manifestación de la economía sumergida, presidida por el egoísmo humano, reducible a expresiones mucho menores de las actuales, la responsabilidad del medro progresivo de la misma es achacable a la desidia y a la incapacidad de los poderes públicos, cualesquiera que sean los motivos a los que obedezcan sus pálidas actuaciones en el empeño.

3. La segunda causa en importancia de la economía sumergida es la **necesidad** de obtener una renta mínima para la subsistencia personal. Dicho más claramente, muchas actividades se sumergen porque de no sumergirse no soportarían las condiciones y las cargas ordinarias impuestas por la ley, sobre todo cuando esas pesadas cargas no pueden imputarse a un tercero, trasladándole las exacciones de los impuestos, de las cuotas sociales o de otras similares. Se llega a hablar entonces de "legítima defensa", porque la economía sumergida se presenta como la única vía asequible para obtener los recursos que toda persona necesita para vivir o requiere, en su caso, para mantener a las personas que de ella dependen. Suele tratarse de pequeños trabajos marginales, intermitentes y, casi siempre, a cargo de quienes trabajan para sí mismos, sin relación laboral con empleadores aunque, llegado el caso, puedan convertirse en empleadores silenciosos de otras personas en la misma o parecida situación.

Tomando este supuesto como referencia se obtiene la conclusión de que el remedio del afloramiento podría ser peor que la enfermedad, ya que sus efectos teóricos no estarán alejados de los dos siguientes, en la previsión más optimista.

En primer lugar, los trabajos descubiertos no llegarían a ser trabajos blancos, soportadores de las cargas legales ordinarias, pues, en el mejor de los casos, desaparecerían simplemente como trabajos negros. De modo que las personas que dejaran de realizarlos pasarían a engrosar el contingente social de parados, rellenando sus necesidades elementales de alimentación y vivienda con cargo a la familia, a la caridad privada o a la asistencia social, con el consiguiente impacto negativo sobre el ahorro familiar y sobre los presupuestos de las Administraciones Públicas. Algo parecido oí decir a Juan Antonio Sagardoy, recientemente, en una emisión radiofónica de **Intereconomía**. Afirmaba el prestigioso compañero que la erradicación de la economía negra debe ir unida a un factor de oportunidad, puesto, operando aquella como colchón de la crisis, no es buena idea poner en marcha la campaña de lucha contra la misma cuando los parados se acercan a los cinco millones de personas.

Dicho lo cual hay que añadir que ni siquiera tal primer efecto de cambiar sumergidos por parados efectivos sería el habitual de las medidas represivas, porque el control de esas actividades marginales o intermitentes se antoja prácticamente irrealizable, so pena de duplicar el número de personas implicadas, el sumergido y su vigilante particular, lo que conduce a un terreno de todo punto ilusorio. De manera que si difícil resulta ya localizar esas actividades sumergidas de corto radio, más difícil aún resultará evitar que reaparezcan de inmediato disfrazadas de formas capaces de hacerlas más turbias todavía, sin descartar desde luego las delictivas.

La obligada conclusión a la que se llega, respecto de la economía sumergida por necesidad, ha de ser bien distinta de la que propician las manifestaciones egoístas de la economía sumergida, pues descartada en aquel caso la eficacia de las medidas estrictamente policiales, habrían de entrar en escena las medidas públicas de fomento o estímulo para la realización de actividades legales sustitutorias de las irregulares, en condiciones asequibles a los destinatarios de las mismas.

4. Finalmente, otra causa complementaria de las dos anteriores es el **desconocimiento de la ley**, en verdad más esotérica cada día que pasa, hasta el punto de convertir el ordenamiento legal en un laberinto por el que solo

pueden moverse con expectativas de localizar la salida quienes tienen a su disposición un buen servicio de asesores competentes. En general, los ciudadanos no conocen bien las leyes, y muchas veces ni bien ni mal siquiera, de lo que no puede desprenderse ninguna responsabilidad personal, ya que el precepto según el cual (...) **la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento** (art. 6.1 del Código Civil) no ha llegado nunca a tanto en los diecisiete siglos que median entre su plasmación normativa en los códigos modernos y la formulación originaria de Papiniano, prácticamente con las mismas palabras (...) *ignorantia iuris non excusat* (...)[3].

Sin embargo, el ciudadano que incumple la ley no puede exculparse con el argumento de que esa ley le era desconocida (...) Y la ley se desconoce porque su conocimiento es inasequible para el 95 por 100 de la población, porcentaje que aún se antoja exagerado en el 5 por 100 que excusa. Incluso los mejores expertos de leyes como las fiscales o las laborales y sociales –modalidades, todas ellas, vertiginosas en sus cambios– tienen siempre serias dudas sobre la vigencia de determinados preceptos y aún mayores dificultades en su interpretación. No puede desecharse, por ello, que muchos ciudadanos de buena voluntad, sin ánimo deliberado de incumplir la ley, terminen por incumplirla creyendo que se mueven dentro de la legalidad.

Un ejemplo excelente ofrece la contratación laboral, campo instalado sobre una paradoja intolerable, para oprobio de los gobiernos de tres colores [centro, centro-derecha, centro-izquierda, centro-derecha, centro-izquierda y, probablemente, centro-derecha de nuevo] que se han ido sucediendo desde la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en 1980, y que no es otra que la siguiente: la ley hace del contrato indefinido la regla y de los contratos temporales la excepción; sin embargo, se permite que la realidad social convierta la excepción en regla y la regla en excepción. Dígase, de paso, que en tanto no se deshaga esa vergonzosa paradoja, tan visible desde luego en la contratación del día a día (90 por 100 de contratación temporal y 10 por 100 de contratación indefinida), cualquier reforma laboral destinada a crear empleo estará condenada al fracaso si pretende que la mayor parte de ese empleo no se hunda en el abismo de la economía sumergida. Inmersión a la que contribuyen, en no insignificante medida, las dificultades de conocimiento ajenas a la tipicidad y causalidad de los contratos temporales –y, desde 1997, de una parte de los indefinidos

(3) Más ampliamente en mi *Manual de Introducción al Derecho*. 2ª ed., UDIMA, Madrid, 2009, p. 237 y ss.

también–, dejando espacios amplísimos al azar, o buena estrella, ante la necesidad de acertar con el tipo del contrato que el legislador admite para el supuesto que empresarialmente interesa.

Cuando un modesto y pequeño empleador –nos hartamos de decir que esos son los que crean el empleo que más luce–, sin posibilidades de acudir a una asesoría costosa, quiere incorporar un trabajador a su negocio, es casi imposible que no se exceda de lo permitido legalmente al optar por el contrato más conveniente a sus circunstancias empresariales, de la misma manera que será improbable que no encuentre desagradables e imprevistas sorpresas cuando llegue el momento de extinguir ese contrato en las condiciones económicas esperadas y no en las muy superiores que en su momento le impongan los tribunales de justicia. Una inseguridad jurídica tan alta no puede conducir a nada bueno, pese a lo cual no solo no desciende, sino que se incrementa con cada retoque legal que aparece en el periódico oficial. Sin entrar ahora en los contenidos, ya muy divulgados(4) de la Ley 35/2010, lo cierto es que la reforma que ha llevado a cabo no solo no ha servido, ni va a servir, para el objetivo al que aparentemente se destinaba, sino que ha complicado bastante más el intrincado panorama contractual precedente, lo que todavía irá a peor si a los sindicatos se les permite dejar de ser lo único que históricamente los ha hecho respetables e imprescindibles para, trocando su natural papel social, asumir el antinatural papel político de "legisladores del legislador". Una de las mayores necedades de los últimos meses ha salido de la boca de los líderes emblemáticos –que, por cierto, se copian e imitan entre sí–, al decir que las leyes no les comprometían si su contenido no era el que ellos mismos habían recomendado.

La conclusión que permite esta tercera manifestación de la economía sumergida, por ignorancia de la ley, es más sencilla y realizable que las anteriormente obtenidas para la economía sumergida por egoísmo y por necesidad. Ahora ya no se trata de reprimir ni de estimular, sino de "enseñar" a cumplir la ley, empezando por explicársela a las gentes de buena voluntad, para que sepan a qué atenerse frente a las leyes que rigen buena parte de sus vidas. Cuando incluso las televisiones públicas dedican horas y horas de su programación diaria a facilitar información y entretenimiento

(4) Cfr. mis trabajos –y la bibliografía que en ellos se cita–, "La reforma laboral, intempestiva, transitoria, anodina, nebulosa. Una opinión a vista de pájaro sobre el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en esta misma RGDTSS <www.iustel.com>, Nº 22; y, sobre todo, "La peripecia de la reforma laboral". En: *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 16, Iustel, Madrid, 2010, p. 20 y ss.

prescindibles y de muy baja calidad –al lado, justo es reconocerlo, de algunos contenidos excelentes– no deja de echarse en falta la inclusión de programas pedagógicos, o al menos de campañas con ese objetivo, probablemente de escaso éxito si se construyen olvidándose de la diversión del espectador, pero de éxito seguro si tuvieran ese propósito como prioritario. Por ejemplo, si la publicación del Real Decreto-Ley 5/2011, primero, y de la Ley 35/2010, después, hubiera venido acompañada de una serie montada en la anécdota, a cargo de los excelentes profesionales de que se dispone, para contar historias sacadas del pantanoso terrero del trabajo ilegal, otro gallo cantaría en cuanto a los resultados cosechados.

En su lugar, solo tediosas exposiciones de políticos que, a su visión sesgada de las cosas, unen los tópicos de ida y vuelta que aburren, desinforman y adocenan, desprovistos que se hallan, salvo excepciones contadas, de la menor capacidad de expresión comprensible para la gente de la calle (…) O esas tertulias radiotelevisadas y radiadas, carentes de opiniones desprovistas del menor rigor exigible a quienes en ellas participan, que tanto hacen recordar el conocido dicho popular afirmativo de que **la ignorancia es atrevida**, cuanto el más desconocido clamor lorquiano de **superar el impúdico reto de la ciencia sin raíces** (…).

¡Lástima que el dudoso producto del que de inmediato se va a dar cuenta, no haya sabido siquiera venderse a sus posibles compradores!

II. LAS FRACASADAS MEDIDAS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2011, DEL 29 DE ABRIL

1. Se toma aquí como simple ejemplo de disposición legal desafortunada en su intento de favorecer la transformación de trabajos **negros** en trabajos *blancos*, el RDL 5/2011, una verdadera disposición "tranvía", de esas que se utilizan para matar varios pájaros de un tiro, regulando dos o más materias sin conexión alguna entre sí, bajo la conveniencia de no desgastar excesivamente al Gobierno en la utilización de una norma tan excepcional como es el Decreto-Ley, solo justificada en supuestos de verdadera urgencia o necesidad social. En el caso que nos ocupa, el RDL 5/2011 ha servido a la vez para intentar la regularización de trabajos irregulares, como para modificar la legislación de contratos del Sector Público y la deducción por obras de mejora en cualquier vivienda de propiedad del contribuyente, o, al

menos, en su vivienda habitual. Ni que decir tiene que esa heterogeneidad no interesa en este momento –salvo para denunciar el uso abusivo de los Decretos-Leyes– puesto que solo interesa aquí el asunto relativo a la economía sumergida.

A este respecto, dos son las grandes partes del RDL 5/2011, la referida a las empresas que se acojan voluntariamente al procedimiento de regularización que establece y la referida al endurecimiento de las respuestas legales a las irregularidades descubiertas, transcurrido el corto plazo de "gracia" para la regularización. La gran diferencia entre estos dos tipos de medidas es que las primeras son provisionales, en tanto que las segundas se incorporan permanentemente al ordenamiento, a través de la legislación sobre las infracciones y sanciones en el orden social.

2. El contenido del RDL 5/2011, sobre las medidas teóricamente destinadas a la regularización de trabajos irregulares, es decepcionante por su generalidad, por su ambigüedad y por la ausencia de realismo, hasta el punto de que parece haber sido redactado sin convencimiento alguno de su posible eficacia, como un simple trámite para salvar la cara y anotar, si acaso, alguna estadística repentina favorable, sobre todo de carácter recaudatorio.

La regulación desprecia la existencia de causas confluyentes en el trabajo irregular –ya se enuncien estas como han sido expuestas en el apartado I o de cualquier otro modo– incurriendo en el simplismo indisculpable de tratar la economía sumergida como un fenómeno unitario. En realidad lo que propone el Gobierno es la equivalencia entre trabajo irregular y trabajo que no haya sido dado de alta en el sistema de seguridad social y aun esa equivalencia la resuelve de manera ambigua, creando dudas innecesarias.

Se permite a los empresarios que tengan trabajadores a su servicio sin afiliación y/o alta en el sistema de seguridad social, que "regularicen" la situación en el corto periodo de tres meses (desde el 7 de mayo hasta el 31 de julio). La regularización comprende dos momentos sucesivos, primero la afiliación y/o el alta y después el ingreso de las cuotas de recaudación conjunta que procedan. Para ello se prevé la posibilidad de un aplazamiento del importe del ingreso, lo cual solo quiere decir que podrá solicitarse –y concederse o denegarse– en aplicación de las normas reglamentarias de general aplicación contenidas en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (art. 20 de dicha Ley y desarrollo reglamentario del mismo).

Sin embargo no se explicita –y de ahí la ambigüedad en que se incurre– si la deuda exigible es o no retroactiva, es decir, si juega *ex nunc* –desde que se solicita la afiliación y/o el alta del trabajador sumergido– o si juega *ex tunc* –desde que se inició el trabajo irregular–, extendiéndose a todo el periodo no prescrito. Personalmente no tengo duda de que la interpretación debe ser la segunda, pues de ser la primera carecen de sentido las referencias sistemáticas que se encuentran en el texto, empezando por la justificación de solicitar el aplazamiento del pago. Pero tampoco me cabe duda de que esa interpretación lastra los resultados potenciales de la medida, pues serán muy pocos los sumergidos que arrostren la liquidación de los cuatro años anteriores, aunque esa liquidación esté libre de recargos y de multas. Si ni siquiera prevalece en la práctica la posibilidad de que la retroactividad de la liquidación alcance solo al momento que el empresario identifique como de inicio del trabajo irregular, sin actuaciones correctoras de oficio, habrá que afirmar que la oferta de regularización pasa a ser cualitativa y cuantitativamente irrelevante. Si, contrariamente, la interpretación prospera, nos enfrentaremos a una experiencia similar a la de los rescates exigidos por los grupos terroristas, que se pagan pero se callan.

Cualquiera que sea la interpretación anterior, hay otra duda no desvelada que se refiere a la aplicación o no de los recargos e intereses de demora previstos en la legislación de seguridad social (art. 25 de la Ley General y su desarrollo reglamentario), lo que merece de nuevo una respuesta negativa o pro regularización, apoyada en el propio texto del artículo 3.1 del RDL 5/2011. Este precepto exonera al empresario de la sanción administrativa que correspondería bajo la aplicación de la legislación en vigor sobre infracciones muy graves en materia de seguridad social, en cuya exoneración habrá que incluir no solo las multas, sino también las sanciones accesorias de la legislación sancionadora[5]. Aplicar otro criterio en materia de recargos e intereses de demora significaría la quebradura de la unidad de razón que debe presidir la interpretación sistemática de la ley, aparte de significar una nueva muestra del desprecio por las soluciones pragmáticas.

3. La liberación de las normas punitivas no opera, justificadamente, en cuatro supuestos específicos, como son aquellos en los que o la irregularidad ha

(5) El artículo 46 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, del año 2000, establece como principales sanciones accesorias a las multas que pueden imponerse a los empresarios, la perdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de ciertos programas de empleo; la exclusión del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de dos años; y la devolución de las cantidades obtenidas indebidamente.

sido ya descubierta, o los empresarios no reúnen los requisitos para acogerse a la regularización, o los empresarios incumplen el régimen jurídico de la regularización o, finalmente, los empresarios extinguen los contratos de los trabajadores afectados en los seis meses siguientes. Pero aceptando que sea razonable que las ventajas ofrecidas por la ley no alcancen a estos cuatro supuestos, lo que no es razonable, en cambio, es que la regulación legal destinada a cada uno de esos supuestos sea tan opaca como la propia economía sumergida, una prueba más de que el Gobierno se ha tomado poco en serio la lucha contra el fenómeno social que dice querer combatir. De tal modo que,

1) En cuanto a las irregularidades ya descubiertas, lo que se prevé es que las sanciones administrativas que resultarían aplicables se aplicarán "cuando ya se hubiere iniciado una actuación en la empresa en materia de seguridad social, que tenga por objeto o afecte a las situaciones de hecho referidas en dicho apartado o hubieren tenido entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denuncias, reclamaciones o escritos de cualquier naturaleza relacionados con tales situaciones en la misma empresa, o demandas ante la jurisdicción social". El precepto es impreciso e insatisfactorio, en cuanto que la actuación a que se refiere el primer inciso debe ser únicamente una inspección de órgano del Estado, y no una actuación empresarial, por ejemplo, de un órgano o persona de derecho privado. A su vez, la equiparación de efectos de las actuaciones que tengan ese objeto definido y aquellas otras que "afecten" a dichas situaciones, aunque sea de pasada, se antoja asimismo inadecuado. Finalmente, a lo que la ley debería atribuir importancia es a la veracidad de los contenidos de las reclamaciones o escritos, tras la oportuna comprobación administrativa, y no al mero hecho de formular cualquiera de ellos, abstracción hecha de su naturaleza, lo que irremisiblemente acarrea una situación de indefinición excesiva, cuando no de indefensión antijurídica.

2) En cuanto a los empresarios que no reúnen los requisitos para acogerse a la regularización, el problema surge de no especificar legalmente cuales sean tales requisitos, que probablemente hay que limitar a uno simplemente, el de haber incumplido las obligaciones legales de afiliación/alta/cotización.

3) En cuanto a los empresarios que incumplen el régimen jurídico de la regularización, remite el supuesto a los casos en los que sí existe

una irregularidad que tipifica el supuesto de hecho, pero al proceder a la regularización se incumple el régimen jurídico de la misma que, por supuesto, es igualmente impreciso. Cabría aludir aquí, a título de ejemplo, a la solicitud de alta/afiliación para periodo menor del que finalmente resulte exigible, o minoración de las bases a efectos de cotización que corresponda, o celebración de contrato de trabajo inadecuado en atención a su tipicidad/causalidad, etc.

4) En cuanto a los empresarios que extinguen los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por la regularización antes de seis meses (plazo que no se cuenta desde el concierto, ni siquiera desde el registro público, sino desde la fecha de la solicitud de la afiliación) alta en el sistema de seguridad social), la norma permite interpretar que tales contratos pueden extinguirse lícitamente a partir del cumplimiento de ese periodo mínimo. Cabría entender que esa es una interpretación errónea, puesto que la licitud de cada extinción contractual dependerá de la naturaleza del contrato celebrado. Sin embargo las cosas no son así, pues la nueva regulación no alcanza a determinar los efectos relativos a la legalidad o ilegalidad de una concreta extinción, sino solo a establecer que, en todo caso, la regularización requiere una duración mínima del vínculo concertado por el periodo de seis meses. Otra cosa será que producida la extinción en el mes octavo, por ejemplo, la legalidad de la regularización no impida una declaración de improcedencia o nulidad de un despido, pero con efectos jurídicos ajenos al proceso de regularización.

Hay que aclarar que no se considera incumplimiento del compromiso contractual mínimo las extinciones por despido justificado procedente, ni las debidas a dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador, cuando sea total, absoluta o gran invalidez.

La ley prefiere que las consecuencias de todas estas situaciones sean unitarias, en particular las tres siguientes:

1. Pérdida del derecho a acogerse a los beneficios del proceso voluntario de regularización y, por lo tanto, a los beneficios y efectos de las nuevas medidas estimuladoras de la regularización.

2. Reintegro de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios anteriores derivados de la aplicación de los programas de

empleo, y obtenidos como consecuencia de la contratación laboral llevada a cabo, si es que esta contratación hubiera tenido lugar.

3. Ingreso de las cuotas de la seguridad social que procedan, con aplicación de las sanciones dispuestas en la legislación y, sin duda, con los recargos e intereses de demora que correspondan de conformidad con los criterios sancionadores generales.

4. Conforme a la exposición precedente, queda claro que la exigencia de la regularización no se agota en la afiliación/alta en el sistema de seguridad social, sino que incluye preceptivamente la celebración de un contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador irregulares. A tal respecto se acepta que ese contrato sea indistintamente indefinido o temporal, en la totalidad de sus modalidades respectivas, bien que esa permisividad ha de cohonestarse con el respeto al régimen jurídico de cada uno de los contratos posibles, pues lo que no admite margen de duda es que no se quiere modificar en lo más mínimo la legalidad vigente en materia de contratación laboral, salvo en el extremo relativo a la conversión en relación indefinida de la cadena de varios contratos temporales en un periodo determinado de tiempo, que, excepcionalmente, no tendrá lugar en este supuesto.

5. La falta de realismo de las medidas contenidas en el RDL 5/2011 se manifiesta no solo en la generalidad y ambigüedad de su regulación, sino en la parquedad de las ventajas que ofrece a los "espontáneos" que se avengan a salir del confortable nido en el que se cobijan, sobre todo si las dudas que se vienen planteando aquí se resuelven, en todo o en parte, con el rigor que el ordenamiento legal permite en la persecución de los fraudes en materia de seguridad social. Se supone que la doble excepcionalidad formal y material del RDL 5/2011, debería haber ido acompañada, para conferirle eficacia, de mayor generosidad explícita en el tratamiento de estas situaciones, a fin de hacer atractiva la salida a la luz de los sumergidos. Pero en las condiciones en las que la oferta gubernamental se concreta, es improbable que un número significativo de empresarios irregulares –por cuenta propia o por cuenta ajena– se arriesguen a ser el campo de ensayo de unas normas dictadas sin convicción sobre sus posibilidades de alcanzar el objetivo de afloramiento y sin determinación suficiente de sus verdaderos efectos. Cuestión distinta es la de atribuir la cicatería gubernamental a una u otra causa, no siendo desmedido presentir que, una vez más, en ello ha jugado papel principal el temor a los sindicatos, contrarios últimamente a cualquier solución pragmática.

La generosidad de las medidas gubernamentales solo debería haber reconocido el límite insuperable del poder de disposición de los afectados por la irregularidad en la que les situó un tercero, pues difícilmente podría la ley evitar que estos perjudicados reclamaran sus derechos ante el orden jurisdiccional social o, en su caso, ante otros órdenes jurisdiccionales. Pero fuera de ese límite, intocable por imperio del artículo 24.1 de la Constitución española(6), todos los amparados en la legislación ordinaria deberían haber sido removidos a través de una regulación realista, necesariamente casuística, y dispuesta a perdonar lo pasado para conseguir una significativa mejora futura de la actividad económica.

Pero como no ha ocurrido de esa manera, ninguna sorpresa va a causar ni en los poderes públicos ni en los particulares, que el proceso de regularización voluntaria diseñado por el RDL 5/2011 haya sido solo uno más de los entretenimientos normativos a los que tan propenso se ha mostrado el Gobierno en estos tiempos de crisis intensa, palos de ciego perdidos en el aire. La propia cortedad del periodo habilitado para la regularización –¡tres meses para torcer significativamente un vicio tan profundamente instalado en la sociedad española!–, y la nula difusión de su vigencia a partir de la publicación en el periódico oficial, son desde luego otros signos que confirman la desgana de las medidas y su anunciado fracaso.

6. Muy distintas son las consideraciones que merece el endurecimiento de la respuesta legal a los trabajos irregulares que, para empezar, no se imponen temporal sino permanentemente, constituyendo una reforma incorporada al ordenamiento legal con vocación duradera. De modo tal que el RDL 5/2011 modifica numerosos preceptos contenidos en la legislación laboral sancionadora, cuyo detalle singularizado se omite en este breve comentario, salvo para dejar establecido el contraste entre una reforma temporal preventiva seguramente inoperante y una reforma permanente represiva de nada simbólica dureza.

(6) Este precepto constitucional dice lo siguiente (…) "*todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*", un precepto ampliamente interpretado, a partir de su entrada en vigor, por el Tribunal Constitucional.

ACUERDOS COMERCIALES Y DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA

En las tendencias y tensiones entre los derechos laborales y la economía, casi siempre ha terminado dominando la economía, a pesar de tratarse de dos realidades compatibles y entre las que hay que optar por proteger a los primeros sin afectar los segundos. Considero que en la actualidad existe la conciencia de que debe existir un equilibrio entre ambos.

No se trata de que el mercado funcione a como dé lugar, pasando por encima de los derechos de los trabajadores, ni tampoco que se vaya a una posición tan extrema que no favorezca el empleo formal y ocurra lo que estamos viviendo en el Perú, es decir, un alto grado de informalidad. No hay que olvidar aquel principio del Derecho de Trabajo que nos dice que lo razonable es lo justo.

Precisamente el equilibrio o la razonabilidad que se persigue, no se viene logrando, pues no se percibe todavía un dominio del empleo formal, inclusivo y protector, ni un esfuerzo de capacitación laboral que eleve la productividad y se traduzca en mejores salarios y lleve al país a un alto grado de competitividad internacional ni a una tendencia empresarial a entender la ventajas del costo de todo ello.

Al final, el debate siempre se centra en el tema que parece esencial o clave en esta discusión que es el de la rigidez frente al despido y frente a los retos que plantea un proceso de adaptación de la empresa frente a la globalización. Precisamente de este tema y de los derechos que están internacionalmente consagrados en el mundo globalizado de los convenios comerciales como los TLC, es que tratamos en estas líneas.

Cabe señalar que en las relaciones comerciales internacionales, se han venido incluyendo trascendentes temas laborales para equilibrar lo que los países formales consideraban un *dumping* social y un desconocimiento de los intereses gremiales en los países del tercer mundo.

Por su lado, los países en desarrollo consideraban que el baremo debería ser la OIT, aunque hay que considerar casos como los Estados Unidos que no ha suscrito los convenios que entusiastamente han aprobado aquellos, muchos de los cuales se jactan de ello, pero no los cumplen o no los refrendan en la legislación interna. También es un problema el proteccionismo real o solapado que ejercen los países desarrollados en perjuicio de aquellos en proceso de desarrollo.

Tenemos ejemplos de acuerdos comerciales que han transitado por el tema laboral, fijando obligaciones en esta materia, tales como el NAFTA de 1994, entre Estados Unidos, Canadá y México; el TLC de Chile con Estados Unidos de 2003; el CAFTA de 2004 entre los países de Centro América y Estados Unidos, así como los acuerdos de Chile con Colombia, Canadá, Ecuador, el EFTA, Japón, Unión Europea y otros, así como el TLC entre Colombia y Estados Unidos celebrado con posterioridad del de Perú, que fue aprobado por Resolución Legislativa Nº 28766 del 28 de junio de 2006 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, según Decreto Supremo Nº 009-2009-MINCETUR de 16 de enero de 2009.

Los acuerdos comerciales dentro del marco de los TLC, considero que han ayudado a un mayor equilibrio entre los intereses en juego.

En efecto, en ellos se han establecido normas de observancia de derechos fundamentales, tales como la libertad de asociación, la negociación colectiva, la proscripción del trabajo forzoso, la prohibición del trabajo infantil y la no discriminación, además de compromisos sobre debido proceso, salarios mínimos, horarios de trabajo y seguridad y salud en el empleo.

En la Declaración de la OIT de 1998, sobre estos acuerdos internacionales, se señalaba la obligación de adoptar y mantener los derechos de la legislación nacional, no dejarlos sin efecto de manera que afecten el comercio o las inversión entre las partes y en no incurrir en acción u omisión en la aplicación de la legislación, de manera que afecten dicho comercio o inversión. Resulta interesante apreciar cómo se han propuesto por la OIT mecanismos que garanticen la efectividad de los derechos y la eficacia de los acuerdos.

Respecto al debido proceso, la OIT señala la obligación de brindar un adecuado acceso a la justicia, tanto en lo administrativo como en lo judicial y arbitral;

el garantizar procesos justos y transparentes; asegurar el derecho de defensa y que no existan costos y plazos irrazonables y la doble instancia, consagrada en nuestro caso en el artículo 139 de la Constitución. El Perú ha realizado un importante esfuerzo en esta campo con la dación de la Ley Procesal de Trabajo aprobada por Ley Nº 29497.

También existe el compromiso de fortalecer el sistema de inspección, lo cual se ha hecho con las normas de la Ley Nº 28806, Ley de Inspección y los Decretos Supremos Nºs 019-2006-TR y 019-2007-TR publicados el 29 de octubre de 2006 y el 1 de setiembre de 2007, y el Nº 012-2013-TR publicado el 7 de diciembre de 2013 y la norma sobre la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- Sunafil aprobada por Ley Nº 29981.

Pasaremos a reseñar los derechos fundamentales más importantes señalados en los acuerdos comerciales, en especial el TLC celebrado entre Perú y Estados Unidos y cómo están recogidos en nuestra legislación.

I. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y LA LIBERTAD SINDICAL Y EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Respecto al derecho a la sindicación, a nivel internacional, la Declaración de la OIT tiene sus antecedentes en los Convenios 87 y 98.

El artículo 2 del Convenio 87[1], relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, señala que,

> "Los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola obligación de observar los estatutos de las mismas"[2].

(1) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 13281 del 15 de diciembre de 1959.

(2) Esta disposición de la OIT recoge lo que en doctrina se conoce como el doble aspecto de la libertad sindical, es decir, por un lado, el referido a la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales (libertad sindical individual positiva) y, por otro lado, la facultad de las personas de afiliarse a este tipo de organizaciones. (libertad sindical individual negativa).

Asimismo, no podemos dejar de mencionar al Convenio 98[3] de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y la negociación colectiva, el cual señala una serie de garantías que deben brindarse a los trabajadores para que ejerzan sin coacción alguna su libertad de afiliación. Por ejemplo, el artículo 1 del citado Convenio estipula que,

> "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (...)".

Finalmente, el Convenio 154[4] entiende a la expresión "negociación colectiva" como aquella que comprende,

> "(...) todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:
>
> a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
>
> b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
>
> c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

1. Situación en nuestro ordenamiento

Nuestro país ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen la libertad sindical, habiendo ratificado además el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948)[5], el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (1949)[6] y el Convenio 151 sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública (1978)[7].

(3) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 14712 del 18 de noviembre de 1963.

(4) Convenio no ratificado por el Perú.

(5) Ratificado mediante Resolución Legislativa Nº 13281 del 2 de marzo de 1960.

(6) Ratificado mediante Resolución Legislativa Nº 14712 del 13 de marzo de 1964.

(7) Ratificado mediante la 17 Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

A nivel constitucional, se reconoce los derechos de asociación, sindicación, negociación colectiva y huelga[8], imponiendo al Estado la obligación de garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva y regular el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Se excluye del ejercicio de dichos derechos a miembros de Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, funcionarios del Estado con poder de decisión o los que desempeñan cargos de confianza y dirección, así como jueces y fiscales[9].

A nivel legislativo se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de asociación. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a integrar o no un sindicato (artículo 168).

Adicionalmente, el derecho de asociación, la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores de las empresas privadas y estatales y de algunos organismos públicos cuyas leyes reguladoras así lo prevén, se rigen por el Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - LRCT de 2 de julio de 1992. El Decreto Supremo Nº 011-92-TR del 15 de octubre de 1992 reglamenta la LRCT.

La LRCT fue objeto de 16 observaciones por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT siendo modificada recién en el año 2003 con el propósito de levantar las mismas. Es así que mediante Ley Nº 27912 se efectúan cambios a la LRCT logrando levantar 12 de las 16 observaciones[10].

II. ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO

1. Libertad de trabajo

La libertad de trabajo está consagrada en los artículos 2, inciso 15, y 59 de la Constitución de 1993[11].

(8) Artículos 2, inciso 13, y 28, respectivamente.

(9) Artículo 49.

(10) Queda pendiente de subsanar, entre otras, las observaciones relativas a la lista de servicios esenciales, ya que si bien se ha suprimido una expresión genérica que se prestaba para lecturas restrictivas, la relación sigue siendo demasiado amplia. Asimismo, se encuentra pendiente de levantar la observación relativa a las modalidades atípicas de huelga, prohibidas por la legislación peruana y admitidas por la OIT siempre que sean pacíficas, y la observación relacionada con la facultad que la LRCT otorga a la Autoridad del Trabajo para establecer un servicio mínimo en caso de divergencia entre las partes.

(11) Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (…)

Si bien es cierto la propia Constitución de 1993 impone también en su artículo 22 el deber de trabajar, ello no colisiona con la libertad de trabajo, pues se entiende al deber de trabajar como una obligación principista que, no pretende imponer una actividad laboral sino proscribir la ociosidad improductiva y el parasitismo social.

De otro lado, tal como veremos en el punto siguiente, existe determinados casos en los cuales se permite que la ley obligue a los ciudadanos la prestación de determinados servicios, supuestos no considerados como infractores del principio de la libertad de trabajo.

2. Definición de trabajo forzoso

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, Convenio sobre el Trabajo Forzoso, fue ratificado por el Perú el 1 de febrero de 1960. El artículo 2 de este Convenio define al trabajo forzoso u obligatorio como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".

Sin embargo, el Convenio 29 excluye de su aplicación:

> "a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
>
> b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
>
> c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
>
> d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

> incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias, epizootías violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;
>
> e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos".

Se entiende, entonces, que estas exclusiones obedecen a que este instrumento internacional ha considerado que existe ciertos principios de orden social que se encuentran por encima del derecho a la libre elección del empleo, objeto de protección por el Convenio 29.

Con el devenir del tiempo la OIT consideró necesario precisar la definición de trabajo forzoso u obligatorio, en vista de fenómenos que venían ocurriendo en diversos países, tales como personas condenadas a realizar trabajos forzosos por motivos políticos o raciales.

Así, el 17 de enero de 1959 entró en vigor el Convenio 105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso, ratificado por el Estado Peruano el 6 de diciembre de 1960. Mediante este instrumento internacional los Estados firmantes se comprometen:

> "A) suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) Como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa".

De acuerdo a estos convenios, el Estado firmante está obligado a reprimir tanto el trabajo forzoso que se configure por la acción de sus propias instancias como por particulares.

3. Situación en nuestro ordenamiento

El artículo 2, inciso 15 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona a trabajar libremente, con sujeción a la ley. Asimismo, el inciso 24 del referido artículo garantiza la libertad y la seguridad personales, prohibiendo la esclavitud, la servidumbre y trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 23 del texto constitucional señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, y el artículo 59 señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo.

Además el Perú es parte de diversos tratados de derechos humanos que prohíben el trabajo forzoso, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1).

A nivel de la OIT, ha ratificado el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930) y el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957).

Asimismo, ha ratificado el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, que establece la obligación de disponer leyes que prohíban y sancionen la imposición de servicios personales obligatorios, remunerados o no, a los miembros de los pueblos indígenas, salvo los casos previstos por ley para todos los ciudadanos.

A nivel infraconstitucional se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de trabajo. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución (artículo 168).

En cuanto a los supuestos aceptados de "trabajo forzoso u obligatorio", tenemos en el Perú el caso del servicio militar (Ley Nº 27178 del 29 de setiembre de 1999), y las obligaciones cívicas en periodos de elecciones (Ley Nº 26859 del 1 de octubre de 1997).

Los órganos de control de la OIT han formulado cuatro observaciones relacionadas con la aplicación del Convenio 29. Dos de ellas se refieren a la regulación normativa del trabajo penitenciario y las otras dos se vinculan a la existencia de prácticas de trabajo forzoso en ciertas regiones del país. Como consecuencia de dichas observaciones, el gobierno peruano modificó el Decreto Legislativo

Nº 654, Código de Ejecución Penal (02/08/1991), por la que se establece el carácter voluntario del trabajo que realicen los internos procesados.

Sin embargo, aún queda pendiente la eliminación del trabajo forzoso en determinados lugares del país, que afecta a sectores de la población ubicados en zonas de difícil acceso por parte de las autoridades inspectivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Las personas afectadas incluyen niños y miembros de poblaciones indígenas.

Hemos mencionado anteriormente que el Estado peruano ha promulgado la Ley Nº 28806 de fecha 19 de julio de 2006 y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, que han reforzado los servicios inspectivos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dotándole de todos los recursos técnicos y materiales para poder eliminar paulatinamente los casos de trabajo forzoso que aún existen en el país, así como crear consciencia en la población sobre la importancia de su proscripción.

Son funciones de la inspección, vigilar y exigir el cumplimiento de las normas laborales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, sean del régimen común o regímenes especiales (artículo 3 de la Ley), en el ámbito nacional. Por Ley Nº 29903 de 19 de julio de 2012, se incluye el trabajo de personas con discapacidad y por la Primera Disposición, Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981, Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de 15 de enero de 2013, se incluye a las pensiones y régimen de prestaciones de salud en el ámbito de la inspección.

III. LA ABOLICIÓN EFECTIVA DEL TRABAJO INFANTIL

1. Situación en nuestro ordenamiento[12]

La Constitución de 1993[13] establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Asimismo, señala que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, debiendo proteger especialmente al menor de edad.

(12) Para un mayor detalle véase: PERÚ: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO. NORMATIVA Y SITUACIÓN. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima. En: <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/destacados/doc_tlc.pdf>.

(13) Ver artículo 23 de nuestro texto constitucional.

A nivel internacional, el Perú ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social. Ha ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño[14] (1990), el Convenio 138[15] sobre edad mínima de admisión al empleo (1973) y el Convenio 182[16] sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999)[17].

(14) Convención sobre Derechos del Niño, Artículo 32.- 1. "Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social".

2. "Los Estados partes adoptarán medidas legislativas y administrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación de este artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados parte, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación eficaz de este artículo".

(15) El Convenio Internacional de Trabajo 138; se caracteriza por no estar referido a un único sector de la actividad económica sino a todos y se plantea como objetivo la abolición efectiva del trabajo de los niños y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión en el trabajo. Este propósito no se había explicitado antes en el ordenamiento internacional laboral. Antes de estos convenios internacionales solo se habían acentuado las exigencias, pero no se había trazado una finalidad de erradicación.

Según este Convenio Internacional del Trabajo, la edad mínima no puede ser inferior a aquella en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, 15 años. Sin embargo, los países en desarrollo pueden fijar dicha edad en 14 años. La edad aumenta a 18 años si se trata de realizar labores peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores (pero puede bajar a 16, si ello no ocurre) y disminuye a 13 (o 12 para países en desarrollo) para el desempeño de trabajos ligeros, si estos no son susceptibles de perjudicar la salud o el desarrollo, ni impedir la asistencia a la escuela o el aprovechamiento de la enseñanza.

(16) El Convenio Internacional del Trabajo 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, comparte el objetivo abolicionista del anterior y se propone prohibir y eliminar el trabajo en ciertos rubros de todos los menores de 18 años de edad, como lo son: la esclavitud o servidumbre o trabajos forzosos; la prostitución o la pornografía; las actividades ilícitas, en particular las vinculadas a los estupefacientes; y el trabajo que puede dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. El convenio impone el establecimiento de mecanismos de vigilancia y la adopción de programas de acción.

(17) El Perú ha ratificado, adicionalmente a los antes señalados, otros tratados en materia de trabajo infantil, pero estos son más específicos, y son los siguientes:

(i) Convenio Relativo a la Edad de Admisión de los Niños al Trabajo Agrícola.

(ii) Convenio por el que se fijo la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo.

(iii) Convenio por el que se fija la Edad de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales.

(iv) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en la Industria.

(v) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en Trabajos No Industriales.

(vi) Convenio Relativo a la Limitación del Trabajo Nocturno de los Menores en Trabajos No Industriales.

(vii) Convenio Relativo a la Edad Mínima de Admisión al Trabajo de los Pescadores.

A nivel legislativo, la Ley Nº 27337, Código de los Niños y Adolescentes (07.08.2000), establece que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica, y se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo. Señala también que el trabajo del adolescente será protegido siempre que no importe una explotación económica, no importe riesgo o peligro en la salud o desenvolvimiento físico, mental y no afecte el proceso educativo.

El Código establece la edad mínima para el empleo de 14 años y excepcionalmente la de 12 años de edad cuando la referida labor no ponga en peligro su salud, su integridad física o moral. Esta disposición es concordante con las excepciones establecidas en el Convenio 138 de la OIT. La legislación también establece sanciones penales entre 3 y 10 años para quienes incurran en explotación sexual, que configuran una de las peores formas de trabajo infantil establecidas en el Convenio 182.

Adicionalmente, a nivel sectorial, cabe destacar la creación del Comité Directivo de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, mediante Resolución Suprema Nº 018-2003-TR[18], el mismo que se conforma por entidades del Poder Ejecutivo, representantes de empleadores, trabajadores, sociedad civil y organismos de Cooperación Internacional. Las funciones del referido Comité son, entre otras, elaborar el "Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil", proporcionar directrices para la realización de actividades dirigidas a la eliminación del trabajo infantil en el país, asesorar en la selección de áreas prioritarias para el desarrollo de actividades y apoyo del Programa Internacional de Erradicación del Trabajo Infantil, dar seguimiento periódico a las actividades del Programa Internacional de Erradicación de Trabajo Infantil en el país así como velar por el cumplimiento de los objetivos y metas establecidas por los programas de la OIT en el área de trabajo infantil, y otras funciones que resulten pertinentes para contribuir a la prevención y erradicación del trabajo infantil, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano[19].

(18) Debemos indicar que, mediante Resolución Ministerial Nº 128-94-TR del 3 de setiembre de 1994, el Ministerio de Trabajo aprobó la Directiva sobre Autorización de Trabajo del Adolescente, Directiva Nº 007-94-DNRT.

(19) En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, implementó la Dirección de Protección al Menor y Seguridad y Salud en el Trabajo, la misma que se dedica exclusivamente a los temas relativos a la protección de los derechos de los niños y adolescentes trabajadores, así como los referidos a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Son funciones de la referida Dirección, entre otras, la autorización del trabajo de adolescentes, elaboración de campañas sobre la materia, coordinación y promoción de la protección de los derechos de los menores, participación en las diversas comisiones y campañas que corresponden al sector, en general, realizar una labor de prevención y fiscalización del trabajo infantil.

Es importante precisar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reportado como casos de trabajo forzoso relacionados con la explotación de niños en nuestro país al (i) trabajo sin remuneración en empresas peladoras de castañas en Puerto Maldonado; (ii) trabajadores de minas y lavaderos de oro de Madre de Dios y (iii) empleo forzoso en las comunidades indígenas de Atalaya.

Conforme hemos comentado anteriormente, la Ley General de Inspección, Ley Nº 28806 y su Reglamento, Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, y la Ley Nº 29981 sobre creación de la Sunafil, han permitido enfrentar de manera técnica la solución de este problema.

IV. LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y DE OCUPACIÓN

De conformidad con la OIT, "la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por razón de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o de los requisitos del trabajo que deban desempeñar"[20]. Ello restringe a las personas de su derecho a ser seleccionadas para un empleo o de recibir una remuneración en función de sus capacidades, objetivamente consideradas.

El Convenio 111 de la OIT establece que el término "discriminación" comprende (art. 1.1):

> "a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.
>
> b) 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

(20) Organización Internacional del Trabajo. Informe del Director General: "La hora de la igualdad en el trabajo". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª. Reunión 2003. Oficina Internacional del Trabajo.

empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismo apropiados".

El referido Convenio no considera discriminación a "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado".

Las clásicas manifestaciones de la discriminación son el racismo, las desigualdades de género y por edad, sin embargo, también se producen casos de discriminación de personas con discapacidad o portadores del VIH/Sida. Dado que la discriminación proviene de elementos subjetivos, de idiosincrasias, aspectos culturales, sociales y políticos, su contenido varía de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo.

El principio que subyace detrás de la prohibición de la discriminación es el de igualdad ante la ley, es decir, que todos somos iguales ante la ley. Ahora bien, debemos distinguir el principio de "igualdad ante la ley" del de "igualdad de trato". El principio de igualdad ante la ley "vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional"[21]. En cambio, el principio de igualdad de trato obliga a las personas privadas, entre los que se encuentra el empleador.

1. Situación en nuestro ordenamiento

La Constitución de 1993 consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2). De otro lado, en el artículo 26, inciso 1 recoge el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, complementado por el segundo párrafo del artículo 23 que señala que ninguna relación laboral pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, a diferencia del texto constitucional de 1979, que se refería a la "igualdad de trato", la redacción actual recoge el concepto de "igualdad de oportunidades". Este concepto no se queda en la verificación de la igualdad formal en una situación similar para un colectivo general, sino que pretende proteger la existencia de una igualdad sustancial, es decir, verificar que dentro de dicho colectivo los diversos grupos tienen las mismas oportunidades. Se trata de dar un trato desigual a los desiguales. De esta manera, el concepto de igualdad de oportunidades supone la preexistencia del de igualdad de trato.

(21) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p. 115.

El Perú ha suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen el principio de igualdad ante la ley: artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, también es parte de tratados de derechos humanos que prohíben la discriminación, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3).

En el ámbito de la OIT, ha ratificado el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958), el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidad familiares (1981) y el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (1983).

A nivel infra constitucional se ha sancionado penalmente a quienes infringen la prohibición de discriminación. La Ley Nº 27270 del 29 de mayo de 2000, modificatoria de la Ley Nº 26772, Ley contra actos de discriminación, incorpora al Código Penal la prohibición de discriminación y prevé la sanción de prestación de servicios a la comunidad para los infractores (art. 323).

Asimismo se han dictado diversas leyes que protegen aspectos puntuales del principio de igualdad de oportunidades:

a) Ley Nº 26772 del 17 de abril de 1997, que establece que las ofertas de empleo y el acceso a centros de formación educativa no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato. En materia de discriminación en el acceso al empleo, la sanción aplicable a la infracción de esta ley está constituida por una multa aplicada por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el cierre temporal del establecimiento.

   Tenemos que entendido que, desde la vigencia de este dispositivo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha recibido algunas

denuncias, que han dado lugar a la imposición de multas. Sin embargo, consideramos que este problema aún persiste, pues solo basta dar una mirada a las ofertas de empleo que se publican en los diarios para verificar que muchos de ellos podrían resultar discriminatorios.

b) La Ley Nº 27050 del 6 de enero de 1999, Ley General de la Persona con Discapacidad. Establece que la persona con discapacidad tiene derecho a gozar de todos los beneficios y derechos que establece la legislación laboral.

Asimismo, prohíbe la discriminación de la persona con discapacidad, siendo nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.

Obliga al Estado a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al tres por ciento (3 %) de la totalidad de su personal.

En materia tributaria, se otorga el beneficio de deducción de gastos sobre el importe total de remuneraciones para las entidades públicas o privadas que empleen personas con discapacidad.

c) Ley Nº 26626 del 20 de junio de 1996, de lucha contra el VIH/Sida/ETS, establece en su artículo 6 que la enfermedad no será impedimento para que el trabajador siga laborando mientras se encuentre apto para cumplir sus obligaciones. Según la misma norma, es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/Sida.

d) La Ley Nº 27942 del 27 de febrero de 2003 sanciona el acoso sexual en los centros de trabajo públicos y privados. Se considera acoso sexual la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición o autoridad o cualquier otra situación ventajosa en contra de otras que rechazan estas conductas, así como el hostigamiento sexual ambiental creando un clima de intimidación u hostilidad (art. 4).

e) El Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de la Productividad y Competitividad Laboral, considera nulos los despidos por motivos discriminatorios

(discriminación por participación en actividades sindicales o de representación de los trabajadores, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, por embarazo).

f) El Decreto Supremo Nº 002-97-TR, del 27 de marzo de 1997, Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción de Empleo, fomenta la participación de jóvenes de sectores que podrían ser objeto de discriminación, estableciendo que el límite de jóvenes de formación laboral juvenil admitido para una empresa (10 % del total de trabajadores de la empresa), puede ser duplicado si se contrata a jóvenes con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, así como jóvenes mujeres con responsabilidades familiares.

g) La Ley Nº 28983, de fecha 15 de marzo de 2007, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, cuyo objeto es establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas a nivel nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

Los órganos de control de la OIT no han formulado ninguna observación al Estado peruano respecto al respeto del principio de no discriminación.

Al igual que en los casos anteriores el servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene a su cargo la vigilancia del cumplimiento de estas disposiciones.

Como puede apreciarse de lo expuesto, las normas nacionales, tanto constitucionales como infra constitucionales, establecen derechos sobre libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, todo lo cual ha permitido que el Perú suscriba convenios comerciales internacionales como los TLC.

Sin embargo, en el ámbito interno, se requiere que los mecanismos legales destinados el cumplimiento de tales normas, hagan efectivos los derechos incorporados en nuestra legislación y en los convenios comerciales internacionales referidos.

LA AUTONOMÍA DEL PROCESO LABORAL. A PROPÓSITO DE LA LEY 29497

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR[1]

I. INTRODUCCIÓN

Al Estado le compete la implementación de los mecanismos necesarios que garanticen la eficacia de los derechos y la tutela de los intereses de los ciudadanos[2].

Uno de los principales mecanismos de salvaguarda de los derechos e intereses ciudadanos es el proceso judicial. En ese sentido, constituye el instrumento a través del cual el Estado da cumplimiento a su obligación constitucional de administrar justicia mediante los órganos constituidos para tal fin[3] y, al mismo tiempo, el cauce a través del cual, el ciudadano, ejerce su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para reclamar de los órganos jurisdiccionales la protección de sus intereses y derechos[4].

(1) Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

(2) Constitución, artículo 44, 1er. párrafo: "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

(3) Constitución Peruana, artículo 138.

(4) Constitución Peruana, artículo 139.3. Esta doble dimensión de la tutela jurisdiccional también se ve reflejada en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece: "En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.

Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito".

La existencia de situaciones de derecho sustancial y posiciones sociales diversas justifican un distinto tratamiento[5] en la vía jurisdiccional y, por lo tanto, la existencia de diversas manifestaciones del proceso. Una de estas está vinculada a los asuntos derivados del trabajo humano y la problemática social que de él se deriva.

El presente artículo pretende brindar una visión general e introductoria del proceso de trabajo, desde la óptica de su finalidad. Esta –según postulamos– lo dota de autonomía frente a otros tipos de proceso. Para ello trataremos de dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué razones sustentan la necesidad de regular un proceso especial para los asuntos de trabajo? y, además, ¿Cómo se manifiesta la autonomía del proceso de trabajo? Para responder a estas cuestiones acudiremos a la regulación constitucional de la tutela jurisdiccional o tutela judicial. Posteriormente, nos referiremos a la evolución de la solución de los conflictos laborales en el Perú hasta la actual Ley Nº 29947, nueva Ley Procesal del Trabajo, para sustentar su autonomía frente al proceso civil. Finalmente, esbozaremos unas conclusiones sobre el tema.

Con este pequeño aporte nos aunamos al homenaje al Dr. Mario Pasco, ilustre laboralista y principal artífice de la entrada en vigor de la Ley Nº 29497.

II. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO DE TRABAJO

La tutela jurisdiccional encuentra reconocimiento en el artículo 139.3 de la Constitución peruana. Constituye uno de los derechos fundamentales más preeminentes[6]. Se trata de un derecho de prestación que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal[7].

(5) MARINONI, L. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Trad. Zela, A., Palestra, Lima, 2007, p. 234.

(6) Así, se ha dicho que "el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como el más importante de los derechos, precisamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos". Cfr. MARINONI, L. *Derecho fundamental* … Ob. cit., pp. 226-227.

(7) Sobre este asunto, el TC afirma que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, las cuales no pueden constituir un obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetarse siempre su contenido esencial, así como tampoco nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio, solo puede regularse por ley (…)". Cfr. STC Exp. Nº 2438-2005-PA/TC (30/01/2007), f. j. 6.

Según el Tribunal Constitucional[8] (en adelante, TC), la Tutela Jurisdiccional constituye un derecho de naturaleza procesal a través del cual el ciudadano "puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio". La tutela jurisdiccional, permite además que "lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido"; es decir, que "busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia".

En suma, la tutela jurisdiccional supone una concepción garantista y tutelar del derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción[9] que incluye:

a) el derecho de toda persona "a promover la actividad jurisdiccional sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente del acceso a la justicia"[10];

b) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, es decir "a) que el fallo judicial se cumpla y que al justiciable vencedor en juicio justo y debido se le restituya su derecho y se lo compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; y b) que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales exige no solo que quienes hayan resultado vencidos en juicio cumplan todos los términos señalados en la sentencia firme, sino también impone deberes al juez y, en particular, a aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en la sentencia"[11], finalmente;

c) el respeto de los derechos que conforman la garantía institucional del debido proceso[12] que facilitan una defensa adecuada[13].

(8) Cfr. STC Exp. Nº 763-2005-PA/TC (13/04/2005), f. j. 6.

(9) Cfr. STC Exp. Nº 8123-2005-PHC/TC (14/11/2005), f. j. 6.

(10) Cfr., entre otras, SSTC Exps. Nºs 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC, 004-2002-AI/TC (29/01/2004), f. j. 9; 04929-2007-PA/TC (09/06/2009), f. j. 3.

(11) Cfr. SSTC Exps. Nºs 00750-2011-PA/TC (07/11/2011), f. j. 3 y 01334-2002-AA/TC (28/01/2003), f. j. 2. En relación con esto se ha dicho que "tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela"; razón por la cual hay una intrínseca relación entre tutela jurisdiccional y ejecución de la sentencia. Cfr. STC Exp. Nº 00246-2012-PA/TC (18/07/2012), f. j. 2.

(12) Entre otras, SSTC Exps. Nºs 08115-2005-PA/TC (10/04/2007), f. j. 2; 4587-2004-AA/TC (29/11/2005), f. j. 25.

(13) De modo solo enunciativo, el artículo 4 del CPC, incluye entre ellas el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a la prueba, el de defensa, el derecho a la contradicción y a la igualdad sustancial en el proceso, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, el derecho a la obtención de una resolución funda-

El sometimiento de la actuación pública y de los ciudadanos a las reglas jurídicas emanadas de los órganos instituidos con potestad legislativa exige que se reconozca a todo ciudadano el derecho a reclamar ‹"el respeto a sus posiciones de poder derivadas del propio ordenamiento jurídico" ante los Tribunales legítimamente instituidos para cumplir dicha función[14]. En ese sentido, la tutela jurisdiccional es expresión del Estado de Derecho y fundamenta la existencia del Poder Judicial como institución encargada de administrar justicia a través de unos órganos jerárquicos investidos de potestad jurisdiccional (art. 138 CP). En consecuencia, a través del derecho a la tutela jurisdiccional se salvaguarda el Estado de Derecho, es decir, la supremacía de la ley y se reemplazan los mecanismos de autotutela por la actuación del Poder Judicial en la solución de los conflictos, a través de un mecanismo técnico llamado proceso judicial.

Un tipo particular de conflicto es el que se genera como consecuencia de la aplicación o interpretación del Derecho del Trabajo. La peculiaridad de este sector del ordenamiento jurídico radica en su carácter esencialmente imperativo y tuitivo a favor de un sujeto cualificado: el trabajador. Este sujeto, al igual que cualquier ciudadano, tiene derecho a accionar para la defensa de sus derechos e intereses, a través del proceso.

De esta forma, el proceso laboral adquiere relevancia, pues no solo es un instrumento para la solución pacífica de los conflictos entre empleador y trabajador[15] sino que, al actuar como brazo aplicativo de la norma sustantiva, se convierte en la manifestación más palpable del carácter tutelar del Derecho del Trabajo y, de alguna forma, en la esencia protectora misma del sistema[16]. En suma, a través de él se protegen los derechos fundamentales del trabajador, se promueve la justicia y el derecho del ciudadano-trabajador a la tutela jurisdiccional efectiva en la medida en que, bajo el influjo del principio protector del Derecho del Trabajo, constituye un sistema de garantías que concreta y desarrolla las garantías procesales reguladas en la Constitución en el orden jurisdiccional social y dota de protección efectiva a los derechos e intereses que en él se discuten[17].

---

da en derecho, al acceso a los medios impugnatorios regulados, la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, el derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y la observancia del principio de legalidad procesal penal.

(14) Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. "Constitución y proceso de trabajo". En: CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DALRÉ, F. *Lecturas sobre la reforma procesal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 18-19.

(15) Cfr. SAEZ LARA, C. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. 1ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 37.

(16) Cfr. VINATEA RECOBA, L.; TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis Normativo*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 10.

(17) Cfr. ESPINOZA ESCOBAR, J. *Sindicatos y conflicto individual. Una visión constitucional*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2012, pp. 24-25.

III. GÉNESIS DEL PROCESO DE TRABAJO EN EL PERÚ

En el nacimiento del proceso de trabajo en el Perú, han intervenido, cuando menos, (i) razones de índole técnica y (ii) razones sociopolíticas.

1. Razones de índole técnica

1.1. Aparición y consolidación del Derecho del Trabajo

La necesidad de proteger la dignidad de quien presta servicios por cuenta ajena y bajo subordinación fue el origen de un ordenamiento especial con una eminente finalidad protectora. Este involucraba un conjunto de normas materiales de carácter social, de origen estatal e irrenunciables que traería consecuencias en el ámbito procesal.

Desde las primeras disposiciones de carácter laboral[18] hasta nuestros días, han sido innumerables las normas de origen internacional o nacional, de carácter general y especial, de nivel constitucional, legal o reglamentario, autónomas o heterónomas que, en el Perú, han regulado el trabajo humano, libre, subordinado y por cuenta ajena.

Esta situación trajo como consecuencia la necesidad de establecer órganos y procedimientos específicos para "asegurar la efectividad de las normas materiales laborales que sin aquellos no pasaban de ser declaraciones meramente teóricas y no normas jurídicas vinculantes"[19]. El acrecentamiento del cuerpo normativo laboral dirigido a proteger al trabajador dependiente, generó la necesidad de la aparición de un derecho instrumental que sirviese a la efectividad del derecho sustantivo pues mientras el derecho material fue creando todo un sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista del derecho común[20].

De allí que desde los primeros intentos de dar una solución a la cuestión social por medio de una legislación específica, marcadamente tuitiva de la figura

(18) Tales como la Ley Nº 1378 de 20/01/1911 (referida a los accidentes de trabajo), el D.S. de 24/01/1913 (que reglamentó el derecho de huelga y las reclamaciones colectivas), la Ley Nº 2852 de 23/11/1918 (que introdujo normas para la protección de las mujeres y menores), la Ley Nº 3010 de 28/12/1918 (que estableció el descanso dominical y en días feriados) y el D.S. de 15/01/1919 (que implantó a nivel nacional la jornada de ocho horas), entre otras.

(19) GARCÍA-PERROTE citado por GIL PLANA, J. *La autonomía del proceso laboral y la prueba*. Fundación Sagardoy, Madrid, 2005, p. 48.

(20) AGUILERA IZQUIERDO, R. *Proceso laboral y proceso civil: Convergencias y Divergencias*. 1ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 39.

del obrero se fue consciente que era necesaria la implementación de un cauce adecuado y propio para la resolución de los conflictos.

1.2. Inadecuación del proceso civil para dar solución a los conflictos de trabajo

En el Perú, las controversias generadas en la relación de trabajo fueron conocidas inicialmente en el fuero común. Así lo dispuso la Ley Nº 1378 de 20/01/1911 que encargó el conocimiento de las pretensiones referidas a los accidentes de trabajo a los jueces de primera instancia de lo Civil o, en su defecto, a los jueces de paz del distrito (art. 40).

Sin embargo, dada la peculiaridad de la relación de trabajo y la necesaria dependencia del trabajador de la remuneración para su subsistencia personal y la de su familia, se hizo necesario establecer cauces alternativos al proceso civil para el conocimiento de los conflictos derivados de la relación de trabajo que, además, no fueran tan formales, costosos, ni lentos, ni estuvieran informados por los principios propios del proceso civil que propugnaban la igualdad de las partes procesales. Por ello se afirma que el proceso civil era un cauce inadecuado para sustanciar las pretensiones deducidas por los trabajadores.

A partir de allí y de modo lento y gradual los centros de poder sintieron como algo necesario e ineludible la creación de órganos y cauces específicos para dar respuesta a las demandas de la clase obrera, solucionar los conflictos sociales que se planteaban y conseguir una mayor aplicación de la incipiente normativa laboral. A lo largo del tiempo, distintos han sido los órganos, procedimientos y criterios establecidos por el legislador para instituir uno u otro órgano de solución de las controversias producidas entre capital y trabajo. Estos han ido desde la propia jurisdicción civil, pasando por Tribunales Arbitrales[21] y los Tribunales Administrativos[22],

(21) Así, el artículo 48 de la Constitución de 1920 estableció el arbitraje obligatorio como mecanismo de solución de controversias entre capital y trabajo y la Ley Nº 4916 de 07/02/1924 (y su ampliatoria Ley Nº 5119 de 13/06/1925). Según la Ley Nº 4916, las reclamaciones que se originasen como consecuencia del despido de los empleados de comercio y del pago de las compensaciones establecidas en la ley debían resolverse por un Tribunal Arbitral, compuesto por un árbitro nombrado por el comerciante, otro nombrado por el empleado o empleados a quienes afecte la reclamación y un tercero delegado del Gobierno (art. 1.c.). El procedimiento de reclamación de los empleados de comercio establecido por la Ley Nº 4916 fue reglamentado mediante Ley Nº 5066 (05/03/1925) y mediante R.S. del 27 de junio de 1928 que precisó las disposiciones para la realización del juicio arbitral.

(22) Así, mediante D.S. del 23/03/1936 se otorgó jurisdicción al Poder Ejecutivo representado por el Ministerio de Fomento, a través de su Sección del Trabajo, creándose un Fuero privativo. La Ley Nº 9483 del 31/12/1949 estableció que las reclamaciones de carácter individual que presentasen los obreros de Lima sobre el pago de salarios y las indemnizaciones reconocidas por ley (excepto las causadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) debían ser tramitadas y resueltas en primera instancia por el Departamento Administrativo Judicial de la Dirección de Asistencia y Previsión Social. Los Inspectores del ramo en las provincias o distritos donde hubiesen Inspecciones de Trabajo o los Jueces de Primera

hasta llegar a la jurisdicción laboral[23] que, a fines del siglo XX, se consolidó como el principal órgano de solución de los conflictos laborales.

Es en 1991 –con la entrada en vigor del D. Leg. Nº 767 (04/12/1991) que aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial– que se reorganiza todo el sistema de administración de Justicia y se integra definitivamente el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades laborales en el Poder Judicial. La norma estableció que las Salas y Juzgados del Fuero Privativo se incorporarían a las Cortes Superiores de los Distritos donde estaban ubicados, con todo su personal, magistrados, funcionarios y trabajadores así como su infraestructura, equipamiento y acervo documentario (1ª Disposición Final y Transitoria).

La primera norma procesal laboral propiamente dicha es la Ley Nº 26636 (21/06/1996), Ley Procesal de Trabajo. Esta norma buscó recoger y desarrollar en el ámbito del proceso laboral, los principios y valores recogidos en la Constitución de 1993 buscando conseguir una justicia rápida y eficaz. No obstante, no se consiguió solucionar con prontitud los conflictos laborales ni desapegarse del formalismo propio del proceso civil. La falta de precedentes vinculantes y la inexistencia de normas garantistas de la ejecución final del proceso laboral llevaron también a la necesidad de implantar un nuevo modelo de proceso de trabajo[24].

---

instancia donde no los hubiere, conocían y resolvían en primera instancia las reclamaciones de carácter individual de los obreros de sus respectivas jurisdicciones. En segunda y última instancia conocía y resolvía en apelación el Tribunal de Trabajo (art. 1).

En 1971, y como consecuencia de la reorganización del Ministerio de Trabajo dispuesta por el D.L. Nº 19040 del 23/11/1971, se creó el Fuero Privativo de Trabajo como un organismo jurisdiccional autónomo y dependiente del Poder Ejecutivo, encargado de conocer y resolver en forma exclusiva las reclamaciones de carácter individual sobre pago de remuneraciones y otros derechos sociales que formulasen los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada así como la indemnización especial por despido injustificado a la que el trabajador podía optar en caso el empleador no probara la causa del despido regulada en el inc. b) del art. 3 del D.L. Nº 18471. Mediante D.L. Nº 21109 del 04/03/1975 se creó el Fuero de Comunidades Laborales que a través del D.L. Nº 22465 del 06/03/1979 se integró en un solo organismo con el Fuero Privativo de Trabajo. Ambos entes pasaron a conformar el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, en el que puede ser calificado como el primer intento gubernamental de unificar la jurisdicción laboral. El D.S. Nº 012-79-TR del 05/12/1979 aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales. No obstante, al no establecer las normas de procedimientos para las acciones a seguir ante él continuaron aplicándose las disposiciones procedimentales contenidas en el D.S. Nº 007-71-TR y en el D.L. Nº 21109.

Finalmente, a través del D.S. Nº 003-80-TR del 26/04/1980 se establecieron las normas que regulaban el procedimiento que debían seguir las acciones interpuestas ante el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales (art. 1).

(23) En 1930, a través de la Ley Nº 6871 del 02/05/1930, se crearon los primeros Juzgados de Trabajo, aunque con una competencia bastante reducida solo referida al conocimiento de las reclamaciones laborales de los empleados de comercio y las derivadas de los accidentes de trabajo. La existencia de los juzgados especiales se extendía solo a la ciudad de Lima. En el resto del país, dichos procesos se presentarían ante el fuero común (art. 5, Ley Nº 6871). Asimismo, el procedimiento judicial se adecuó al establecido por la Ley Nº 5066, que reguló el procedimiento arbitral (art. 7, Ley Nº 6871).

(24) Cfr. ACEVEDO MENA, R. *Los principios del proceso laboral en la nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley Nº 29497* [ubicado el 25/X/2013]. Obtenido en <http://www.justiciayderecho.org/revista6/arti-

Después de un largo debate y de diversos proyectos, se publicó la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15/01/2010)[25] que modificó sustancialmente la Ley Nº 26636 y supuso un cambio radical en el sistema procesal laboral peruano. A partir de ella, el sistema procesal peruano se estructura en torno a dos ejes fundamentales: la prevalencia de la oralidad y el uso de las nuevas tecnologías. Se busca convertir al proceso laboral en un mecanismo rápido y eficaz de solución de los conflictos de trabajo en el que la vigencia efectiva de los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad[26] otorgue a los justiciables –sobre todo al trabajador, que se encuentra en desventaja económica y jurídica frente al empleador– una verdadera tutela judicial. De esta forma, se pretende dar respuesta a la cláusula constitucional del Estado social de derecho[27] y a la obligación del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y de promover el bienestar general con fundamento en la justicia[28].

2. Razones de índole sociopolítica

2.1. La cuestión social y la reacción del Estado y del movimiento obrero

En el Perú, la cuestión social, entendida como el conjunto de problemas que la industrialización había agudizado en las clases desposeídas y que toman un nuevo cariz al conformarse el movimiento obrero, se manifiesta con retraso por la tardía introducción del capitalismo y de la industria así como de las actividades complementarias como el transporte ferroviario y portuario (fines del siglo XIX). Además de ello, la cuestión social tiene una peculiar impregnación agraria, pues básicamente las clases desposeídas serán las clases campesinas y las comunidades de indígenas que prestan sus servicios en el campo o en los centros rurales.

La posición del poder público frente a la cuestión social oscilaba entre el inmovilismo y las reformas. En todo caso, fue bastante peculiar que el Estado empezara a dictar las primeras normas de carácter laboral como una forma de reprimir o limitar el movimiento sindical, pues, desde su origen, el sindicato fue considerado como un "sujeto bajo sospecha"[29].

---

culos/Los%20principios%20en%20la%20Nueva%20Ley%20Procesal%20del%20Trabajo%20-%20Roberto%20Acevedo.pdf>.

(25) En adelante, NLPT.

(26) NLPT, artículo I del Título Preliminar.

(27) Constitución peruana, artículo 43.

(28) Constitución peruana, artículo 44.

(29) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, A. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010, p. 26.

Históricamente, la Constitución de 1920 constituye la primera norma suprema en la que se fijan –tímidamente– una serie de principios sobre los cuales el Estado debe actuar en la regulación de las relaciones laborales, es la primera vez que se introduce el principio tutelar del Derecho del Trabajo(30).

El paulatino auge de la presión del movimiento obrero y su cada vez mejor organización es otro factor que coadyuva a la aparición del proceso de trabajo que provocó la mentalidad de reforma en el poder político Esto generó un programa reformista de forma lenta y gradual cuando alcanzó momentos de explosión social. El movimiento obrero no solo notó la inadecuación del proceso civil para resolver los conflictos laborales sino que también mostró desconfianza de los estamentos judiciales que encarnaban una prolongación de la clase dominante(31).

Ya no es solamente el proceso civil el que se revela innecesario a los ojos de la clase obrera era necesario el establecimiento de nuevos órganos para la resolución de los conflictos que se suscitaban contra los patronos. Lo que se busca, en suma, era establecer instrumentos novedosos de solución de los conflictos laborales, entre ellos, la aparición de nuevos órganos y nuevos cauces procesales.

2.2. Inferioridad de una de las partes procesales

Otro factor de índole socioeconómica tiene que ver con la desigual posición en que se encuentra el trabajador frente al empleador dada la subordinación en la que aquel se encuentra y que subyace a la relación de trabajo.

En la medida en que los trabajadores dependen del salario para el desarrollo de sus necesidades más básicas, la dificultad en el acceso a la justicia, por su excesivo costo, formalismo y complejidad, y la lentitud en la respuesta judicial, lo sitúan en una posición de inferioridad frente al empleador que, sin embargo, sí cuenta con los medios suficientes, tanto económicos como personales, para hacer frente a un proceso judicial(32).

(30) El artículo 47 de dicha constitución estableció que: "El Estado legislará sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de él, de la vida de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas razas del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen".

(31) Para una mejor comprensión de la evolución histórica del sindicalismo en el Perú, Cfr. ESPINOZA ESCOBAR, J. *Sindicatos y conflicto individual* ... Ob. cit., pp. 38-47.

(32) Así, se ha dicho que, en el conflicto laboral se comprometen valores de distinta jerarquía patrimonial, "(…) el trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario en función de las necesidades que tiende a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica, sino a una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos, de su capital". Cfr. SARTHOU, H. "Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral

Esta distinta y desigual posición del trabajador y empresario, a la vista del proceso civil, garante a ultranza de la igualdad formal de las partes y caracterizado por su alto costo, lentitud y complejidad, explica que la nueva manifestación del proceso, en su procedimiento se rigiese por los principios de oralidad, gratuidad y sencillez, en aras a conseguir facilitar el acceso de los trabajadores a los tribunales y obtener de estos una respuesta lo más rápida posible.

IV. AUTONOMÍA O ESPECIALIDAD DEL PROCESO LABORAL

Las razones que contribuyeron al nacimiento del proceso laboral peruano sirven también para afirmar la especificidad propia del proceso y su autonomía así como la de la disciplina que lo tiene como objeto de estudio (Derecho Procesal del Trabajo). Esta afirmación, como veremos, tiene una serie de consecuencias prácticas, relacionadas con la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.

La autonomía del proceso laboral no significa –como es obvio– que este no comparta los institutos fundamentales y los principios comunes a todos los tipos de proceso y, en concreto, los que configuran el proceso civil del cual se desprendió. El proceso laboral se integra en el sistema procesal aunque apunta hacia las causas, valores y finalidades propios del derecho material del trabajo al que sirve(33).

Determinar si el proceso de trabajo mantiene una autonomía implica compararlo con el proceso civil del cual se desprendió a través de unos elementos comparativos. Siguiendo a Gil Plana estableceremos como elementos de comparación a los siguientes: elemento subjetivo, elemento objetivo y el procedimiento(34).

1. Elemento subjetivo

Analizando los sujetos que intervienen en el proceso laboral debemos centrar nuestra atención, por un lado, en el órgano jurisdiccional, y por otro, en las partes que intervienen en el mismo. Esto nos permitirá identificar alguna peculiaridad que sustente la especialidad o autonomía del proceso de trabajo.

---

uruguayo". Cit. por Pasco Cosmópolis; M. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 18.

(33) Cfr. PINHEIRO CASTELO, J. "O Direito processual do trabalho na moderna teoría geral do processo". Cit. por Pasco Cosmópolis, M. *Fundamentos* ... Ob. cit., p. 31.

(34) Cfr. GIL PLANA. *La autonomía del proceso laboral* ... Ob. cit., p. 56 y ss.

1.1. En cuanto al órgano jurisdiccional

Actualmente, la especialidad del proceso laboral no puede predicarse en atención al órgano investido de potestad jurisdiccional. Ello, por cuanto, según el artículo 138 de la CP la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. No existen órganos no jurisdiccionales que tengan atribuidas funciones jurisdiccionales ni pueden formar parte de los órganos judiciales personas que no hayan ingresado a la carrera judicial. No obstante, cabe precisar que la Ley Orgánica del Poder Judicial (D. Leg. Nº 767) reconoce la existencia de los Juzgados Especializados de Trabajo dentro de la organización del Poder Judicial (art. 51).

1.2. Partes procesales

Como se sabe, los sujetos prototípicos del proceso de trabajo son el empleador y el trabajador, aunque, con el transcurso del tiempo y por el contenido diverso de las normas de derecho material laboral, se han agregado nuevos sujetos públicos o privados, tales como la Seguridad Social, las AFP, los sindicatos, la Autoridad Administrativa de Trabajo, etc. Aún con ello, es el trabajador (o prestador de servicios, en términos de la NLPT[35]) el principal sujeto usuario del servicio de administración de justicia. Este sujeto cualificado lleva consigo al proceso una característica peculiar: la desigual posición económica, social y jurídica que ostenta frente al empleador.

Esto revela un elemento de peculiaridad frente a sujetos que pueden ser parte en un proceso civil, pues en el caso del proceso laboral se dispensa una especial protección al trabajador derivada de la desigual posición en la que se encuentra frente al Empleador. Esta es la razón por la que se establece el deber de los jueces de evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso y el de procurar que se consiga la igualdad real de las partes, observando el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad[36] y por la que se establecen disposiciones que permiten que el trabajador acuda al proceso sin necesidad de abogado[37], que lo favorecen con la gratuidad

(35) De acuerdo con el artículo II del Título Preliminar de la NLPT, los prestadores de servicios pueden serlo de servicios de naturaleza laboral (trabajador), formativa (practicante, pasante, aprendiz, etc.), cooperativista (trabajadores socios de cooperativas) o administrativa (servidores civiles).

(36) NLPT, artículo III del Título Preliminar.

(37) NLPT, artículo 16. Dicha posibilidad se presenta cuando el total reclamado no supere las diez URP. Cuando supere este límite y hasta las 70 URP es facultad del juez, atendiendo a las circunstancias del caso, exigir o no la comparecencia con abogado.

de la prestación del servicio de administración de justicia[38], y que le facilitan la actividad probatoria[39], etc.

2. Objeto del proceso laboral

Cuando hablamos del objeto del proceso nos referimos a la pretensión procesal, entendida como "la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación concreta y determinada de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración"[40]. Se entiende que dicha solicitud se hace sobre la base de unos hechos acaecidos al entender que la misma viene amparada por una o varias normas del ordenamiento jurídico.

De aquí se desprenden los elementos que la conforman. En primer lugar, el subjetivo que incluye al sujeto que formula la declaración de voluntad, al sujeto contra quien se formula y el órgano al que se dirige. En segundo lugar, el elemento objetivo que incluye la concreta solicitud o *petitum*, y la causa o fundamento en que se ampara dicha solicitud o *causa petendi*.

Es la causa o el fundamento jurídico, el que nos permite diferenciar al proceso civil del proceso laboral. Ello porque en el caso del proceso laboral, el fundamento jurídico, normalmente, está incardinado en una concreta rama del ordenamiento jurídico, la del Derecho del Trabajo, que tiene como peculiaridad constituir un derecho eminentemente protector, con un sistema de fuentes normativas que incluyen a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y también los convenios colectivos[41], y unos principios propios con reconocimiento constitucional, entre ellos: el principio protector y el de especial tutela a favor de la madre, el menor y el discapacitado que trabaja[42]; el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, el principio de irrenunciabilidad de derechos y el de interpretación más favorable en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma[43], y demás principios que informan el ordenamiento laboral sustantivo tales como el principio de primacía de la realidad, el principio de continuidad, el principio de norma más favorable, el principio de razonabilidad, etc. que reclaman una especialización del órgano juzgador y se traduce en una determinada y diferenciada forma de enjuiciar por parte del órgano jurisdiccional.

(38) NLPT, artículo III Título Preliminar. El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las 70 URP.

(39) NLPT, artículo 23 que establece las reglas sobre la carga de la prueba.

(40) Cfr. GIL PLANA, J. *La autonomía del proceso laboral* ... Ob. cit., p. 68.

(41) NLPT, artículo IV Título Preliminar.

(42) Constitución 1993, artículo 23.

(43) Constitución 1993, artículo 26.

3. El procedimiento laboral

La peculiaridad del proceso laboral derivada de los sujetos que son parte en una relación jurídico procesal laboral, así como del objeto procesal que se ventila en dicho proceso, se conectan en su irradiación con la forma externa o reglas relativas al proceso laboral, es decir, con el procedimiento laboral. De esta forma, el procedimiento se convierte en un elemento diferenciador del proceso laboral(44).

Los principios del procedimiento se encuentran recogidos en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT(45). Estos son los de inmediación(46), oralidad, concentración(47), celeridad(48), veracidad(49) y economía procesal(50).

(44) Cfr. GIL PLANA, J. *La autonomía del proceso laboral* ... Ob. cit., p. 74.

(45) En el Perú y de modo expreso, estos principios han estado presentes desde el D.S. Nº 007-71-TR del 30/11/1971 que aprobó el procedimiento para resolver las acciones seguidas ante el fuero privativo de Trabajo creado por D. L Nº 19040 del 23/11/1971. Esta constituye la primera norma que recoge los principios modernos del Derecho Procesal del Trabajo tales como la oralidad, sencillez, concentración, economía procesal, inversión de la carga de la prueba, entre otros.

La Ley Nº 26636 reguló como principios del proceso laboral, en el artículo I de su Título Preliminar a los principios de inmediación, concentración, celeridad y veracidad.

(46) La inmediación busca que las partes tengan intervención personal y directa en su desarrollo; pero además, y fundamentalmente, exige la participación del propio juez en las diligencias principales, fundamentalmente, las referidas a la actuación de las pruebas. Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, M. *Fundamentos de* ... Ob. cit., p. 96. Constituye, a decir de Gamarra. "la condición básica para lograr, en la medida de lo posible, la determinación de la verdad de los hechos". Cfr. GAMARRA VÍLCHEZ, L. "Los principios y fundamentos del proceso laboral". En: AA.VV. *Manual de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 18.

(47) Según este principio, los actos procesales no pueden separarse en el tiempo por plazos interruptivos. Obviamente existen excepciones, pudiendo suspender y postergar la vista. Las actuaciones procesales se realizan en el término o dentro del plazo fijado para su celebración. De acuerdo con Gamarra, por el principio de concentración, el juicio laboral se realiza frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez, en forma sucesiva y sin solución de continuidad. Todos los plazos son perentorios y improrrogables. Cfr. GAMARRA VÍLCHEZ, L. "Los principios y fundamentos del proceso laboral". En: AA.VV. *Manual* ... Ob. cit., p. 20.

(48) Con este principio se busca eliminar todas las trabas que impiden que la tutela judicial sea efectiva. La celeridad constituye el objetivo principal que se persigue para buscar la rapidez a través de la simplificación de trámites, limitación de recursos impugnatorios, brevedad de lso plazos, limitación de las instancias, perentoriedad de los términos. Cfr. GAMARRA VÍLCHEZ, L. "Los principios y fundamentos del proceso laboral". En: AA.VV. *Manual* ... Ob. cit., p. 21.

(49) Por este principio se busca que el Juez "alcance la verdad real y sobre la base de esta emita su fallo", por esta razón "cuenta con amplias facultades para escudriñar las afirmaciones expuestas por las partes procesales y alcanzar la verdad real". Cfr. VINATEA RECOBA, L. y TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* ... Ob. cit., p. 31. El principio de veracidad guarda relación con el deber de los jueces de privilegiar el fondo sobre la forma regulado en el artículo II del Título Preliminar de la NLPT.

(50) Según este principio, el proceso ha de desarrollarse "con la mayor economía de tiempo y energía, lo cual exige una menor presencia de actos procesales y que el intervalo entre la realización de estos sea breve". Guarda estrecha relación con los principios de concentración y celeridad procesal, pues en la medida que estos sean eficaces, "la economía procesal será realmente efectiva". Cfr. VINATEA RECOBA, L. y TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* ... Ob. cit., p. 31.

Estos mismos principios, salvo el de la oralidad son recogidos por el Código Procesal Civil(51).

Como es evidente, el principio que permite diferenciar al proceso laboral del civil y lo dota de una especificidad propia es el principio de oralidad que, en una intrínseca relación con los demás principios del procedimiento consagrados en la NLPT, le otorga un matiz distinto que también es expresión del carácter protector del Derecho del Trabajo que –como se ha dicho– ya tiene consecuencias en el ámbito procesal.

De esta forma, la prevalencia de la oralidad se constituye en la característica esencial del nuevo procesal laboral peruano, sobre el cual "se asientan y fundamentan los demás principios"(52). Por ello, conviene detenernos en la oralidad como principio que permite dotar de especificidad propia al proceso del trabajo.

Por oralidad se entiende que el contacto entre las partes y el juez debe ser oral; a la decisión de la cuestión debe preceder una audiencia oral entre las partes y el juez, y solamente lo que fue presentado en esta audiencia oral puede fundamentar la decisión del juez. Supone que las actuaciones procesales se produzcan de forma no escrita, sino de viva voz; en otras palabras que se "conduzcan de manera dinámica, pues las palabras fluyen entre los sujetos del proceso construyendo una forma de comunicación y transmisión de información efectiva"(53). Como es evidente, la oralidad no implica que se prescinda de la escritura de allí que se hable de predominancia de lo oral(54).

La oralidad busca la mayor simplicidad y rapidez posible en las actuaciones procesales que conducen a una rápida resolución de la pretensión formulada, acorde con la necesidad urgente de tutela del trabajador. Por otro lado, la oralidad sustenta la necesidad del órgano jurisdiccional de tener un contacto directo con las partes y los medios de prueba traídos al pleito. De allí que la oralidad y los medios de prueba estén íntimamente relacionados(55).

(51) Están recogidos en el artículo V TP del CPC que, además, suma el principio de dirección e impulso del proceso (art. II TP CPC), el principio de socialización del proceso (art. VI), el principio de vinculación y de formalidad.

(52) Cfr. VINATEA RECOBA; L. y TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Comentarios* ... Ob. cit., p. 28.

(53) Ídem.

(54) El artículo 12.1 de la NLPT establece que: "En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia (…)".

(55) Cfr. GIL PLANA. *La autonomía del proceso laboral* ... Ob. cit., pp. 85-86. Sobre el particular se ha dicho que "el proceso oral disminuye significativamente la posibilidad de que se manipule fraudulentamente la prueba, pues la comunicación directa entre las personas que intervienen en la audiencia permite detectar

Como se desprende de la NLPT la oralidad en el proceso laboral se concreta en la audiencia de conciliación y en la de juzgamiento (que incluye la etapa de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia), en el caso del proceso ordinario o en la audiencia única en el caso el proceso abreviado (que concentra las etapas de conciliación y las de juzgamiento del proceso ordinario); además, pero sobre todo, en la fase probatoria, ya que la oralidad está estrechamente vinculada con esta, hasta tal punto que se pone de manifiesto en el interrogatorio de las partes, de los testigos y de los peritos, tanto por el órgano judicial como por las partes procesales(56).

V. CONCLUSIONES

1. El proceso laboral es un proceso autónomo con una especificidad propia.

2. La inadecuación del proceso civil para resolver los conflictos derivados de la relación de trabajo que se estructura bajo el esquema de la subordinación o dependencia generó la necesidad de crear un proceso propio que además cuenta con cobertura constitucional. Es la mejor respuesta a los requerimientos que impone a la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 43), el principio de igualdad (art. 2.2 y 26.1 CP) y el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (art. 44 CP) .

3. El proceso laboral es una manifestación autónoma al proceso civil porque se construye en torno a una idea fuerza que lo impregna y lo diferencia: a saber la tutela o protección compensadora de una de las partes de la relación jurídica procesal, en aras a hacer efectiva su derecho a la tutela jurisdiccional.

4. La tutela del trabajador en el ámbito procesal no solo deriva de la posición de subordinación en la que se encuentra el trabajador sino en el carácter y naturaleza de la pretensión laboral que se basa en un ordenamiento jurídico hecho para proteger al trabajador que requiere la existencia de un proceso

más fácilmente tales desviaciones". Cfr. GAMARRA VÍLCHEZ, L. "Los principios y fundamentos del proceso laboral". En: AA.VV. *Manual* ... Ob. cit., p. 18.

(56) Ver NLPT, artículos 12.1 y 24.

propio que se estructure en torno a un procedimiento regido por principios formas o características que hagan posible dicha tutela del trabajador.

5. Dentro de los principios que rigen el procedimiento laboral destaca el principio de oralidad como mecanismo que garantiza la simplicidad y rapidez en la solución del conflicto y que facilita al juez el conocimiento directo de las pruebas y que, por lo tanto, le permite cumplir con la función de investigar la verdad, buscar la norma e interpretar su sentido y aplicar el Derecho a los hechos; en suma, resolver el conflicto de modo eficaz.

APORTE DE MARIO PASCO COSMÓPOLIS AL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ[1]

I. INTRODUCCIÓN

Con estas líneas pretendo compartir con los colegas de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, la significativa oportunidad que nos permite tributar homenaje póstumo a Mario Pasco, quien ocupa un lugar especial entre nosotros por sus vastos y reconocidos merecimientos personales, intelectuales y profesionales en el campo del Derecho del Trabajo.

En ese sentido, desarrollaré el tema del artículo en tres partes, sin considerar la presente introducción y las conclusiones: en la primera, trataré de comentar la vida de nuestro querido amigo y colega Mario Pasco a raíz de su muerte prematura e inesperada. En la segunda parte, expresaré nuestro especial reconocimiento de los aportes académicos y profesionales del homenajeado, especialmente el *ite*r legislativo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) como su aporte al Derecho Procesal del Trabajo.

Como tercera parte, comentaré los fundamentos del nuevo proceso laboral que Mario Pasco planteó. Nos referimos a la NLPT. Dicha Ley Nº 29497, del 15 de enero de 2010 y vigente en general desde noviembre de 2012, tiene como objetivo superar los graves problemas del volumen de los procesos laborales y hacer

(1) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de Derecho Previsional en la Universidad de Piura. Especialista en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República.

efectivos los derechos sustantivos de los trabajadores en el Perú[2]. Finalmente, a manera de conclusión, mencionaré la idea central de los temas reseñados.

II. LA MUERTE PREMATURA E INESPERADA DE MARIO PASCO

Mario Pasco dijo adiós a la vida a los 74 años, el primer día de marzo de 2014, rodeado por toda su familia, amigos y colegas de la SPDTSS[3]. Cuentan que un día antes de su muerte sonrió al enviar por correo el trabajo, que le correspondía como coordinador en el Perú, a Martha Monsalve coordinadora general del trabajo de investigación de entonces sobre los orígenes de la Seguridad Social en América Latina[4].

Esa muerte prematura e inesperada de Mario Pasco, quien en vida fue un gran defensor del empleo y del Derecho del Trabajo, nos produce honda consternación por su personalidad y solvencia profesional, era un faro constantemente iluminado que señalaba el derrotero de muchos jóvenes laboralistas. Desaparece una figura relevante del Derecho Laboral peruano y latinoamericano, que en cada persona supo valorar los méritos y aportes. Muy humano y cercano a la gente.

Por encima de toda discrepancia académica o política, era una persona única que no dejaba a nadie indiferente. Cuando hablaba en público tenía una voz y un carisma tan impresionante que todo el mundo se callaba. Era vital, culto, divertido e inteligente; siempre le gustó desafiar los convencionalismos en las reuniones de trabajo como en los congresos académicos. En el tema del arte tuvo especial sensibilidad por la música clásica, especialmente por Beethoven[5]. Esas cualidades junto a su personalidad, lo llevó a practicar el teatro en la Pontificia

(2) Hasta hace unos años el proceso laboral era lento y formalista. Los procesos judiciales laborales eran exclusivamente escritos, complejos y se encontraban diseñados para que duraran entre cuatro a seis años como mínimo. Además, a los Jueces de Trabajo se les reconocía una competencia reducida y muchos no tenían la especialidad que se requiere en esta rama tan especial del Derecho.

(3) Me enteré de la muerte de Mario Pasco estando en la ciudad de Guatemala, el mismo día, en tiempo real, en el almuerzo de clausura del IX Congreso Iberoamericano del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. En el comedor se produjo un silencio para escuchar a Martha Monsalve que leía el mensaje del correo electrónico, quedamos perplejos. Al final de la tarde acordamos, como Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas, rendirle homenaje póstumo con la publicación de un libro para presentarlo el mes de marzo de 2015.

(4) El equipo peruano estaba conformado por César Abanto Revilla, César Gonzales Hunt, Leopoldo Gamarra Vílchez y Mario Pasco Cosmópolis como coordinador.

(5) Recuerdo que en una ocasión en la casa de playa de Mario Pasco, en compañía del doctor Luis Aparicio, ambos seguían la novena sinfonía de Ludwig van Beethoven como si fueran los directores de orquesta con gestos que acompañaban a las notas. Fue emocionante verlos de ese modo. Por desgracia, los dos amigos se fueron de este mundo con la muerte que nos iguala a todos.

Universidad Católica del Perú y romper en muchos momentos estereotipos, que lo han hecho muy querido por sus alumnos, colegas y amigos.

No le fue difícil destacar en el campo del Derecho Laboral, por las oportunidades que tuvo de adquirir conocimientos de sus viajes y de las estancias en los más variados lugares y en contacto con los laboralistas más importantes del momento.

Asumió con responsabilidad la docencia, la abogacía y la doctrina, y de ello son testigos los integrantes de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Academia Peruana de Derecho y sobre todo sus cientos de alumnos universitarios de pre y postgrado.

Desarrolló intensa actividad académica desde la década del sesenta como profesor de pregrado y de la Escuela de Graduados de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor invitado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor del Curso de Especialización y Maestría en Derecho Laboral en la Universidad de Guayaquil.

Hay que reconocer, que como docente siempre se preocupó por impartir valores éticos en las clases que dictó en las mencionadas universidades, así como en los talleres, seminarios y diplomados, tanto nacionales como internacionales, en los cuales participó en calidad de expositor, ponente u organizador.

Estuvo a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo entre diciembre del año 2007 y octubre del 2008. Asimismo, Viceministro de Justicia entre 1980 y 1981, durante el gobierno de Belaunde Terry y ex jefe del Instituto de Estudios del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Por otro lado, fue Miembro Consultivo, en varios periodos legislativos, de la Comisión de Trabajo y de la Seguridad Social del Congreso de la República.

Fue uno de los fundadores de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en 1988 y su principal promotor[6], conjuntamente con el doctor Luis Aparicio Valdez, sociedad de naturaleza científica, cuya finalidad principal es la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario del Derecho del Trabajo, así como de la Seguridad Social. En la SPDTSS impulsó la investigación jurídica y mantuvo un esfuerzo constante para que las personas que coordinaran con él hicieran las cosas bien. Asimismo,

(6) Tarea reconocida públicamente por el actual presidente de la SPDTSS, Jaime Zavala Costa, en Carta al amigo: "Te escribo estas sencillas palabras para rendirte públicamente un postrero homenaje a tu inmensa tarea en la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (...)". En: *Revista Análisis Laboral*, Vol. XXXVIII, Nº 441, marzo de 2014, p. 10.

presidió la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Y perteneció a muy variadas asociaciones de Derecho Laboral en América Latina.

Por otra parte, Mario Pasco fue un profesional con amplia producción intelectual. Así, entre las principales obras tenemos: *La Negociación Colectiva: Un enfoque metodológico*, 1977; *Realidad actual de la Negociación Colectiva en Iberoamérica*, 1979; Perú: *Monografía en la International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer*, 1990; *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, 1997; *Fundamentos do Direito Processual do Trabalho*, Sao Paulo, Brasil, 1997.

III. NUESTRO RECONOCIMIENTO POR SUS APORTES ACADÉMICOS Y PROFESIONALES

En este punto, expresamos sucintamente nuestro reconocimiento especial a Mario Pasco y nos limitamos a señalar solamente uno de los temas fundamentales de su aporte al mundo del Derecho del Trabajo. Sin embargo, la contribución de Mario Pasco al Derecho del Trabajo en nuestro país y en América Latina es mayor, como se puede observar en el homenaje póstumo de la *Revista Análisis Laboral*(7).

De esta manera, a pesar de que en estos tiempos es poco frecuente reconocer los méritos académicos y los aportes técnicos de los profesionales, rompemos esa monotonía(8).

La NLPT fue propuesta de Mario Pasco cuando fue ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. En efecto, dicha propuesta fue impulsada personalmente por Mario Pasco hasta su aprobación en el Congreso de la República. Recuerdo su participación siempre activa en el debate de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, el diálogo alturado y fraterno con los congresistas, explicando con paciencia y claridad el tema a debatir.

La propuesta de la NLPT tenía como objetivo el acceso a la justicia laboral y se inspiraba en la oralidad y en las nuevas tecnologías. Para ello Mario Pasco planteó algo muy novedoso en el Perú, tres elementos claves para toda reforma

(7) *Revista Análisis Laboral*, Vol. XXXVIII, Nº 441, marzo de 2014, pp. 8 y 9.

(8) También como lo hicimos en el diario oficial *El Peruano* (*In memoriam*: Mario Pasco Cosmópolis, miércoles 19 de marzo de 2014, p. 12).

judicial: la formación y capacitación de todos los operadores del Derecho Laboral, contar con infraestructura que posibilite llevar a cabo las audiencias judiciales públicamente y con participación de todos los involucrados del proceso laboral, y finalmente contar con las normas claras sobre el nuevo proceso laboral.

Así, el Proyecto del Ejecutivo de la Ley Procesal del Trabajo fue presentado formalmente como Proyecto 3467/2009-PE, resultado del grupo de trabajo creado por R.M. Nº 006-2009-TR respecto del proyecto elaborado por la comisión creada por R.M. Nº 044-2008-TR. En el debate, se modificó el Título Preliminar respecto a los principios del proceso laboral. Esto a raíz de la observación de algunos laboralistas y del Colegio de Abogados de Lima(9). Mario Pasco habiendo renunciado al cargo de ministro manifestó su pleno acuerdo señalando que el mencionado proyecto era perfectible y ello podría hacerse en el debate en la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

En efecto, en el Texto Sustitutorio del Dictamen de la nueva Ley Procesal del Trabajo, producto del debate en la Comisión de Trabajo, para la aprobación en el Pleno del Congreso, se incorporaron en el Título Preliminar, artículo 1, los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Así, se superó a la Ley Procesal del Trabajo Nº 26636 de 1996(10) que reconocía solo los principios procesales de inmediación, concentración, celeridad y veracidad e incluso ampliaba sus consecuencias al señalar que el juez dirige e impulsa el proceso para lograr una pronta y eficaz solución de las controversias. Además, la obligación del juez "en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador"(11). Pero no reconocía el principio más importante que es la oralidad, además de la economía procesal.

(9) Oficio Nº 112-2009-D-CAL, del Decano del Colegio de Abogados de Lima al Presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, Lima 16 de noviembre de 2009.

(10) Cabe mencionar, que "la nueva ley venezolana contiene la más completa enunciación de principios procesales que hasta ahora se había hecho en América Latina. Nada menos que diez principios se hallan consagrados en el artículo 2" (CÓRDOVA, Efrén. "La Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la luz de la legislación comparada". En: *Revista Gaceta Laboral*. Vol. 10, Nº 1, Venezuela, 2004, p. 16). Asimismo, en la Ley Federal de Trabajo de México, tenemos los siguientes principios como explícitos: publicidad, gratuidad, inmediatez, oralidad, instancia de parte, tutela en beneficio del trabajador, informalidad y auxilio de las demás autoridades administrativas y judiciales; y los implícitos, la desigualdad procesal, la libre elección del foro para el trabajador, preclusión durante el proceso, impulso procesal de la autoridad, admisión de todos los medios de prueba, libertad de interrogatorio, resolución de conciencia, irrevocabilidad de las propias decisiones.

(11) Artículo 2 de la Ley Procesal del Trabajo Nº 26636.

Finalmente, el 15 de enero de 2010 se publicó la NLPT Nº 29497, vigente en general desde el mes de noviembre de 2012. De este modo, podemos diferenciar la originalidad de la NLPT respecto a las anteriores y reconocer aquellos aportes que hacen posible "la creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano (...)"[12].

Sin embargo, a Mario Pasco le preocupaba que no contáramos con una normativa, como una Ley General del Trabajo[13]. Evidentemente, esa carencia necesariamente afectará de forma directa al nuevo proceso laboral como señala Américo Plá Rodríguez "el carácter protector de la ley sustantiva de trabajo, mientras tanto, se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formularse la sentencia sino también al conducir el proceso. Aquí como fue escrito anteriormente, el Derecho Procesal del Trabajo se moldea según el contexto del Derecho del Trabajo, por cuanto al contrario, de lo que ocurre, según la ley explícita de los líquidos, en el mundo jurídico el continente se ajusta a la forma del contenido"[14].

Por ello, participó activamente como miembro de la comisión de expertos para elaborar el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, desde el inicio que se formó dicha comisión en el 2002 a iniciativa de la Comisión de Trabajo del Congreso hasta la última a iniciativa del ministro de Trabajo y Promoción del Empleo de entonces[15].

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL NUEVO PROCESO QUE PLANTEÓ MARIO PASCO

En esta parte se trata de conocer cuáles son los fundamentos del proceso laboral en la NLPT que planteó Mario Pasco. Como muy bien él señaló, "desarrollar

(12) MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Conferencia Magistral Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo". En: *Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 27 - 29 de octubre de 2004, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trujillo, p. 36.

(13) "Esta carencia de nuestra legislación la tuvimos muy presente Mario Pasco, Adolfo Ciudad y yo hace poco más de una semana cuando participamos en el Congreso Americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social allá en Querétaro, en el mismo ambiente del Teatro de la República donde hace 87 años fue aprobado el famoso artículo 123 de la Constitución Mexicana"(*Pensamiento Socioeconómico y Jurídico de Luis Aparicio Valdez*, editado por Anna Vilela Espinoza, AELE, Lima, 2011, p. 278).

(14) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Conferencia "Los principios del Derecho del Trabajo". Doc. cit.

(15) Han pasado más de doce años de deliberación del Proyecto de la Ley General de Trabajo. Actualmente se encuentra en el Pleno del Congreso de la República para su discusión y aprobación. Sin embargo, hasta hoy no se ha aprobado después de tanto esfuerzo de los interlocutores sociales en el Consejo Nacional del Trabajo y en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República.

los fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo implica, en buena cuenta, justificar su autonomía, su razón de ser"[16]. Veamos.

1. Los principios del nuevo proceso laboral

La importancia de los principios en los que se funda el Derecho del Trabajo estriba en la función fundamental que ellos juegan, como lo señalaba hace años lúcidamente Manuel Alonso García, "son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho"[17].

La oralidad se convierte en el modelo de procedimiento laboral para la adquisición de la verdad con el que se pretende la redefinición del conflicto[18]. Es decir, en las dos funciones que cumple el juicio oral[19], el juez asume un rol importante: en el primero, determinará la verdad procesal al dictar sentencia; en el segundo, la tarea es mucho más compleja, la redefinición del conflicto, que contribuya a la paz social.

La inmediación constituye la condición básica para lograr, en la medida de lo posible, la determinación de la verdad de los hechos. La información, el examen de la prueba, debe realizarse con la presencia, comunicación e interacción de los jueces y de las partes intervinientes. "El principio de inmediación implica que el juez que ha presenciado la actuación de los medios probatorios, que ha oído a las partes, y ha apreciado su conducta en el proceso, sea el mismo que dicte la sentencia"[20].

Por ello, existe una estrecha relación interna entre la oralidad y la inmediación, pues para que la decisión en el proceso sea real se necesita que los jueces examinen directamente la prueba, contando con la participación de las partes involucradas. En un sentido específico, la inmediación se refiere directamente a la

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo". En: *Revista Análisis Laboral*, junio de 1997, p. LIX.

(17) ALONSO GARCÍA, Manuel. *Derecho del Trabajo.* Tomo I, Barcelona, 1960, p. 247.

(18) Ver: ODERIGO, Mario. *El lenguaje del proceso*. Depalma, Buenos Aires, 1961.

(19) Hay que precisar que "oralidad y escrituración (o proceso oral versus proceso escrito) no son términos necesariamente antitéticos o que mutuamente se rechazan, ya que ninguno de ellos es absoluto" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. Aele, Lima, 1997, p. 91). Además: "la oralidad no significa ausencia absoluta de escritura, pues como se ha dicho, un procedimiento totalmente oral es imposible, y además hay que aceptar que ni la oralidad ni la escritura sirven por sí solas para garantizar una decisión justa, siendo necesaria una combinación de ambas" (SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Prontuario del Derecho del Trabajo.* 6ª ed., Civitas, Madrid, 2003, p. 830.

(20) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El derecho fundamental a probar y su contenido esencial". En: *Apuntes de Derecho Procesal*. Ara, Lima, 1997, p. 90.

relación entre el juez y los medios de prueba, de tal forma que el juez pueda percibir y conocer directamente la prueba.

Es decir, la oralidad se presenta como el mejor facilitador del principio de concentración e inmediación, al realizarse el proceso en forma directa, sin intermediarios y de manera continua, exigiéndose la presencia de todos los sujetos del proceso(21). La escritura, caracterizada por delegar la recopilación de la prueba en funcionarios auxiliares del juez, no resulta un instrumento idóneo para realizar la concentración, máxime que tampoco exige la presencia de todos los sujetos en ese momento, formándose así gruesos expedientes(22).

El proceso oral supone la participación y dirección del juez que decida la causa, mediante la aplicación de tres funciones: "la investigación de la verdad; búsqueda de la norma y la interpretación de su sentido; y la aplicación del Derecho a los hechos. La primera es de índole gnoseológica y lógica; la segunda pertenece al campo de la técnica jurídica; y la tercera implica una auténtica valoración"(23).

Por ello, no se trata solo de "la existencia de una rama autónoma del derecho, que exige una indispensable especialización para dominarla, no es siquiera la dificultad de especialización por el número de sus normas, su complejidad y su constante renovación. Es el espíritu nuevo, peculiar, distinto de las restantes ramas del Derecho, de mucha mayor sensibilidad y proximidad con la vida real el que obliga indispensablemente la presencia de jueces diferentes y especiales"(24).

2. La desigualdad compensada

El fundamento que traduce mejor la inspiración primordial del Derecho del Trabajo es la desigualdad compensada. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, esta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación laboral; de ahí que históricamente las legislaciones hayan establecido normas protectoras en sus leyes positivas por la diferencia entre el trabajador y el empleador en la relación contractual.

(21) Mario Pasco decía coloquialmente que no es lo mismo escuchar o ver por televisión un partido de fútbol que estar en la cancha en donde se juega el partido cerca de los jugadores.

(22) Literalmente hablando en un proceso escrito las partes no se hacen oír sino tan solo se hacen leer, pero además, es claro que el derecho de hacerse oír implica la garantía de lograr la mejor manera de comunicación entre quienes oyen y quienes se hacen oír y esta mejor manera es la oralidad.

(23) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría General del proceso*. 8ª ed., Ed. Eddili, Lima, p. 150.

(24) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Conferencia: "Los principios del Derecho del Trabajo", Lima, marzo, 1997.

Eduardo Couture[25] estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. En ese sentido es que, en esta rama del Derecho se introduce la idea de la igualdad jurídica compensada.

La dependencia del trabajador al empleador es triple: facultad de dirección, administrativa y poder disciplinario, que les son inherentes como empleador, por lo tanto, tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio. Además, el trabajador se encuentra sometido a una dependencia económica del empleador al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que esta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica. Entonces, la justificación de este principio, se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se presenta como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios para que compense su situación.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la sentencia 2/83 del 25 de enero, citada por Federico Durán López, se resalta este criterio: "El Derecho del Trabajo, superando las reglas de la libertad e igualdad de las partes en que se basa el derecho de los contratos, se constituye en un ordenamiento compensatorio e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 9.2 de la Constitución impone la superación de una igualdad meramente formal, resulta acorde con la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador"[26].

En ese sentido, también el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el Expediente Nº 0048-2004-AI, de fecha 1 de abril de 2005, se ha pronunciado señalando que la diferenciación se encuentra constitucionalmente admitida debido a que, atendiendo a que **no todo trato desigual es discriminatorio**, es válido que se configure una diferenciación siempre que el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables[27].

(25) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979.

(26) DURÁN LÓPEZ, Federico. *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, p. 107.

(27) STC Exp. Nº 0048-2004-AI, f. j. 62.

3. El privilegio del fondo sobre la forma

La palabra equidad, que viene del latín a*equitas,* expresa la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza(28). Aristóteles caracterizaba la equidad como una manera de justicia que se adapta a la singularidad de cada caso(29). Es decir, la equidad pertenece a lo justo(30).

La equidad atenúa el Derecho positivo, disminuye el rigor de la ley. Según Kant el Derecho más estricto constituye la mayor injusticia(31). En otras disciplinas, las consecuencias de la rigidez jurídica formal implacable pueden ser muy dramáticas(32). Procesalmente, el principio de equidad sirve al juez como criterio para aplicar las normas jurídicas cuando el Derecho positivo se lo permite. De ahí que la naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que esta resulta insuficiente en virtud de su carácter general(33).

En la doctrina se reconoce este fundamento, del privilegio del fondo sobre la forma, a través de los principios operacionales como la primacía de la realidad, la oralidad o inmediación. Concretamente, la finalidad del proceso laboral y, por ende, el objetivo del juez, es la búsqueda de la verdad material o real, para lo cual debe hacer uso de las prerrogativas otorgadas por la ley para suplir las deficiencias procesales de las partes que no permitan generar la suficiente convicción en el magistrado, ni alcanzar la finalidad del proceso. Es el caso de las facultades *ultra petita* y *extra petita*. El primer caso, recae sobre pretensiones cuantitativas que versen sobre derechos irrenunciables, pudiendo el juez otorgar un monto mayor al solicitado por el demandante, en los casos que por un defecto de cálculo o desconocimiento de una norma legal, el demandante no logre solicitar el monto correcto al que tiene derecho(34). En el segundo caso, cuando el exceso

(28) Aequitas es un concepto filosófico de la escuela histórica griega, trasladado por la jurisprudencia romana al terreno jurídico. Es decir, existe influencia griega en el concepto de la *aequitas* romana.

(29) ARISTÓTELES. *Etica a Nicómano*. Capítulo V del Libro V.

(30) Podría decirse que aquellos que ven solo desde la ley lo justo o injusto, no podrán distinguir jamás con tanta precisión como los que ven con los ojos de la equidad.

(31) KANT, Manuel. *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres y crítica de la razón práctica*. 5ª ed., Porrúa, México, 1983.

(32) Así tenemos en la literatura: *Los Miserables* de Víctor Hugo, *El Gran Inquisidor* de Fedor Dostoiewski, entre otros.

(33) Es decir, Aristóteles consideraba a la equidad como *juris legitimi enmendatio* (legítima corrección del Derecho) y como legis supplementum (suplemento de la ley), y a la cual se debía acudir para interpretarla esta y que debía prevalecer en caso de duda, según determinados principios.

(34) Mario Pasco señala los siguientes casos como ejemplos prácticos en los cuales el juez laboral podrá incurrir en *ultra petita* a favor del trabajador demandante: errores numéricos de cálculo; desconocimiento de aplicación de una norma legal o su aplicación errada, tales como demandar reintegro de remuneraciones por un monto menor a la remuneración mínima vital o reclamar como descanso

en lo otorgado redunde en un carácter cualitativo nos encontraremos frente a un fallo *extra petita*. Estas facultades del juez tienen su fundamento en *"*(…) la protección de derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparentes (…)"[35].

4. El debido proceso laboral

El proceso laboral se concreta en el conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen la legislación procesal, por cuyo medio el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, administra justicia laboral. Es decir, se entiende por procesos laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente.

En general, la actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso. Por ello, hay que diferenciar entre proceso y procedimiento: el proceso es el todo organizado de actos, el procedimiento constituye tan solo la forma externa del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que corresponden al proceso[36]. Y el debido proceso es la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva.

Este fundamento de índole procesal se encuentra reconocido en la Constitución como parte integrante de los principios y derechos de la función jurisdiccional[37]. Es decir, en el ordenamiento peruano se reconoce, como garantía constitucional, el derecho de todo ciudadano de obtener de los órganos jurisdiccionales, no tan solo una resolución judicial que ponga fin al conflicto de intereses que originó la activación del sistema judicial sino una resolución que se encuentre debidamente sustentada en el debido proceso.

La obtención de una resolución debidamente motivada, debe tener presente el fundamento del debido proceso, el cual postula que las resoluciones judiciales han de ser congruentes, en otras palabras, deben encontrarse acordes a las peticiones que estas resuelvan. La resolución judicial es el acto procesal mediante el

---

vacacional no gozado un número de días menor al que la ley otorga; entre otros (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 55).

(35) Ídem.

(36) El proceso como "el medio acordado por todos para mantener o restaurar el equilibrio social, resulta indispensable que jueces, abogados, litigantes, auxiliares de justicia, estudiantes de Derecho, se percaten de que detrás de todo expediente existe un proceso y detrás de todo proceso, hay un drama humano (...)". (PARODI REMÓN, Carlos. "El debido proceso". En: *Ponencia del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 7-9 de agosto de 1996, p. 40).

(37) "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional (…): 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

cual el juez decide en el proceso; en tal sentido, lo que decida debe ser congruente; de no serlo, no estaría resolviendo la controversia y, por ende, la referida incongruencia afectaría la esencia misma de los actos resolutorios.

5. La discriminación positiva

El artículo III del Título Preliminar establece la obligación del juez a aplicar los fundamentos que hemos comentado que involucre una igualdad de oportunidades para la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. En tal sentido, el Juez laboral deberá utilizar herramientas legales de acciones afirmativas en la solución de conflictos.

Asimismo, tenemos el Convenio 111 de la OIT del año de 1958[38], sobre la discriminación. Este se encuentra dentro de la gama de Convenios pertenecientes a los considerados como fundamentales y reconocidos dentro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo. La importancia y pertinencia de que este Convenio se encuentre dentro de esta Declaración, lo sitúa como perteneciente al núcleo duro del derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo. Es decir, su importancia radica no solo para materias específicas de discapacidad sino para la discriminación en general.

Existen dos razones fundamentales: i) la discriminación no se suscribe a un listado cerrado, sino que alcanza a 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 (artículo 1.1.b). Los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (1.1.a) se suman los de cualquier otra índole, es así que se deja una cláusula abierta, donde se puedan incluir perfectamente a la discapacidad física; ii) en segundo lugar, el convenio en cuestión es también importante porque entiende que los términos "empleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo como las condiciones de trabajo.

Entonces, se trata de derechos que deben gozar todos los trabajadores como personas y ciudadanos, de manera efectiva, pues no se alcanza fin alguno solamente por el reconocimiento de los derechos en general si no se logra la igualdad de oportunidades, como igualdad sustancial. Mediante esta acepción se logra un tratamiento desigual a los desiguales para igualarlos sin que esto sea considerado discriminación. Cabe señalar, que de conformidad con el Derecho Internacional,

(38) El Perú ratificó este Convenio el 6 de junio de 1969. La norma que ratificó dicho documento fue la Resolución Legislativa Nº 17687.

nuestras normas deben ceñirse a los principios de igualdad y no discriminación. Así tenemos la Constitución Política de 1993[39] y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional[40].

6. El rol protagónico del juez

De acuerdo a los artículos III del Título Preliminar y 12.1 de la NLPT, el papel del juez en este nuevo proceso es preponderante, no solo porque dirige e impulsa el proceso, sino porque incluso la misma norma le asigna facultades de interrogar a las partes, abogados y terceros en cualquier momento. Es un criterio aceptado que 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 tiña marcadamente de inquisitividad.

Por lo que, sería razonable pensar que, el incremento de las facultades de iniciativa y dirección del proceso asignada al órgano judicial se justifica precisamente por la situación de desequilibrio real entre las partes.

Pero esto supone necesariamente la capacitación a los funcionarios jurisdiccionales y especialmente a los jueces sobre la aplicación de la NLPT, implementación de los medios logísticos para hacer posible el nuevo proceso laboral: la introducción de nuevas tecnologías como el uso del correo electrónico para las notificaciones y la grabación en audio y video de las audiencias, como está regulado en el artículo 12 de la NLPT[41]. Además, la implementación "exigirá un entrenamiento especial de jueces y abogados, así como también tomar conciencia de que para que funcione adecuadamente se hace necesaria la existencia de una carga procesal razonable por juzgado y un soporte presupuestal mayor, para dotar un número de jueces suficientes" [42].

Específicamente, el caso de los Jueces de Paz Letrado que ahora cuentan con mayor competencia. Sin embargo, 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 imparcial y ajustar su conducta y su criterio a la verdad y a la justicia.

(39) Constitución Política del Perú de 1993: Artículo 2, numeral 2: "Toda persona tiene derecho: (…) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Artículo 26, numeral 1: "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación".

(40) STC Exp. Nº 00649-2002-AA/TC, f. j. 6; STC Exp. Nº 0048-2004-AI, f. j. 62; y STC Exp. Nº 00027-2006-PI, f. j. 4.

(41) Con la Resolución Administrativa Nº 239-2010-CE-PJ del 11 de julio de 2010 se aprobó el plan nacional de capacitación para la implementación de la NLPT.

(42) ELÍAS MANTERO, Fernando. "Comentario inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. Nº 29, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 83.

Es decir, esta actividad se lleva a cabo para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en materia laboral.

En suma, de lo que se trata con la NLPT, es que los jueces asuman un mayor protagonismo en relación con la solución de un conflicto laboral, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los trabajadores, y en definitiva, que sean verdaderos directores del proceso laboral.

Mario Pasco diría como Calamandrei, "no queremos saber nada de los jueces ê*tres inanimes,* hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces que sepan llevar con humano y vigilante empeño, el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia"[43].

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sean estas breves líneas, en estos tristes momentos, un homenaje póstumo emocionado a una vida brillante del profesor y amigo Mario Pasco, por su generosidad y calidad humana, sus atributos académicos y profesionales. Por ello, hemos desarrollado los fundamentos de la NLPT como uno de los temas de su aporte al mundo del Derecho del Trabajo, específicamente al Derecho Procesal del Trabajo peruano.

Consideramos que la NLPT será garantía para la solución de los conflictos laborales en tanto que el crecimiento económico es fundamental pero no suficiente para asegurar la equidad y el progreso social[44]. Entonces, se debe revalorar el papel de los trabajadores para colaborar activamente en la producción, en la incorporación de nuevas tecnologías y aportes al incremento de calidad y eficiencia, para lograr el desarrollo económico y la paz social en nuestro país.

(43) CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Ezea, Buenos Aires, 1960, p. 83.

(44) Es preciso recordar que la historia del Derecho del Trabajo, ha estado marcada por la constante intervención estatal para regular las relaciones laborales y así "cubrir con su manto protector aquellos sectores del mundo del trabajo que tenían o se suponía que tenían una excepcional necesidad de ello" (ÁLVAREZ C., Juan Carlos y TRUJILLO V., Francisco. "Algunas reflexiones sobre el contenido asistencial de los convenios colectivos tras la reforma producida por la Ley 11/1994". En: Jesús Cruz Villalón (coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*. CES, Madrid, 1995, p. 265).

EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO ARGENTINO; RASGOS Y TENSIONES

ADRIÁN GOLDIN[1]

I. DERECHO COLECTIVO ARGENTINO: TENSIONES EN CURSO

El derecho colectivo del trabajo argentino responde a un modelo de trazos muy marcados y fuerte implantación. Esos rasgos, de por sí, justifican que se desplieguen los máximos esfuerzos para describirlo y comprender la tipicidad y singularidad de sus productos y de sus efectos. Y en esa perspectiva originaria y estructural, la tarea está muy lejos de haberse completado.

Por añadidura, su componente de trazos más definidos –el régimen de la organización sindical– está actualmente bajo fuertes tensiones que sugieren que, más tarde o más temprano ha de ser sometido a su sustantiva revisión, lo que proyectará sus efectos hacia las restantes instituciones del sistema. Hacía ya décadas que los órganos de control de la OIT postulaban la necesidad de su reforma, sosteniendo que numerosas disposiciones de ese régimen no se alineaban con los principios de la libertad sindical que dimanan del Convenio 87 y de la propia historia sindical; los sucesivos gobiernos argentinos han desoído hasta hoy esos reclamos, bien porque consideraban adecuado aquel modelo, bien porque les resultó inconveniente o políticamente irrealizable toda pretensión de superar la férrea defensa del régimen ejercida por sectores sindicales mayoritarios, bien, por fin, porque lo intentaron y fracasaron en el empeño.

(1) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor emérito de la Universidad de San Andrés. Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Si aquel reclamo proveniente de instancias de la organización internacional podría, por su perduración, considerarse la manifestación **crónica** de aquellas tensiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sucesivas decisiones de los años 2008 y 2009 y, la más reciente, del año 2013, incorporó un factor **agudo** y, por lo tanto, más incisivo en la demanda revisionista[2].

II. ALGO EMPIEZA A CAMBIAR

Mientras, hay que decir que desde los evocados pronunciamientos de la Corte, hay cosas que han empezado a cambiar. Hasta entonces, pocos juristas se atrevían a desafiar el fuerte rechazo, incluso la estigmatización, de la que solían ser objeto quienes cuestionaban la legitimidad constitucional e internacional del régimen sindical argentino. Por lo demás, algunas de esas perspectivas cuestionadoras, hay que admitirlo, estaban inspiradas en el propósito tal vez subalterno de atenuar el poder sindical resultante de la unidad impuesta por la ley, y de ese modo confirmaban las prevenciones de los defensores del régimen.

Desde luego, hay otro modo de concebir el pluralismo sindical: desde esta otra perspectiva, a la que adhiero sin reservas, no se trata de procurar el debilitamiento de los sindicatos, sino bien por el contrario, de reconocer al pluralismo como el ineludible marco principista en el que la unidad –que se juzga conveniente y valiosa– pueda manifestarse como expresión del libre despliegue de la voluntad de los trabajadores y sus dirigentes; no, como lo es en el caso argentino en su actual estado de vigencia, como el producto de una irresistible imposición estatal.

A partir de las evocadas decisiones de la Corte, fueron numerosos los juristas que se alinearon con el criterio del Alto Tribunal. También los tribunales inferiores comenzaron a hacer propias esas objeciones y a resolver en consecuencia. Caso por caso y "con cuentagotas" –la ley sindical no fue modificada aún– las objeciones de la Corte van instalándose en la realidad.

Va quedando más claro –para quien lo quiera ver– que el debate argentino no tiene como términos alternativos la **unidad** o la **pluralidad sindical**, si por

(2) En autos "Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo"(S.C. A. Nº 201, L. XL) sentencia del 11/11/2008, más tarde en autos Rossi Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina"(S.C.R. Nº 1717 L XLI) sentencia del 09/12/2009 y recientemente en autos "Asociación Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de Salta s/acción de inconstitucionalidad" sentencia del 18 de junio de 2013).

ello se entiende la opción por una u otra variante, sino, de un lado, entre **la unidad impuesta por la ley** y, de otro, **el modo de organización –preferentemente el de la unidad– que los trabajadores puedan escoger en libertad**. Tal lo que sostienen los órganos de control de la OIT, tal lo que la CSJN dijo a texto expreso en las sentencias recordadas.

III. AMÉRICA LATINA, ARGENTINA Y LAS ESTRUCTURAS IMPUESTAS

Para poner en contexto el régimen sindical argentino hay que decir, sin embargo, que el carácter **impuesto** de la estructura sindical no ha sido en América Latina un atributo excepcional del caso argentino. Es que en la mayoría de las naciones latinoamericanas, sus sistemas de relaciones de trabajo respondieron a una matriz autoritaria que se manifestó en la convivencia entre un sesgo prevalentemente tutelar en lo individual(3), junto a la imposición de restricciones a la acción colectiva muchas veces reñidas con las garantías de la libertad sindical. Esa impronta autoritaria, producto unas veces de la implantación de regímenes dictatoriales, otras de la histórica desconfianza del legislador latinoamericano hacia los sindicatos –su politización, su aptitud contestataria, su perfil conflictivo– tendió a expresarse en un fuerte reglamentarismo restrictivo que en la mayoría de los países de la región se tradujo en la configuración **impuesta** de una estructura sindical confinada al ámbito de la empresa, opción mediante la cual se procuraba evitar la acumulación del poder sindical que se materializa cuando los trabajadores se organizan en unidades más amplias.

En unos pocos países de la región, –señaladamente, en Argentina y en el Brasil– *otras* influencias autoritarias, esta vez provenientes de la Europa de la primera mitad del siglo pasado, la estrategia de control –que también la hubo– fue distinta: se instituyeron en esos países, también **impuestos por la ley**, regímenes altamente centralizados, tanto en su implantación funcional (incluso bajo la forma del monopolio representativo) y territorial, como en su estructura piramidal de gobierno, concentración que haría factible su control político "desde arriba y desde afuera".

(3) Como dijo Bronstein alguna vez, unas veces populista, otras paternalista, en América Latina el Estado autoritario fue también un Estado protector (en: BRONSTEIN, Arturo S. *Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina*. OIT, San José (Costa Rica), 1998.

Por sintetizar en pocas palabras ese punto de partida de los sistemas latinoamericanos de relaciones colectivas del trabajo**,** podría afirmarse que, con la notable excepción del Uruguay, comparten todos ellos una vertiente controladora y restrictiva, en muchos casos de estirpe autoritaria, pero respondiendo al menos a dos modelos bien diversos: mayoritario, el del **control por descentralización impuesta**; en el resto de los casos, el **del control por centralización impuesta**. Ambos distan de alinearse en su concepción con los principios de la libertad sindical.

¿Cuál es, por tanto, el objeto del debate?

IV. EL ESTADO; CORPORATIVISMO ESTATAL Y NEOCORPORATIVISMO SOCIETAL

No se trata, por lo tanto, ni de la unidad sindical ni del grado de centralización /descentralización de la estructura sindical aquello acerca de lo que se debate, **sino del modo en que el Estado interviene en la determinación de esas y otras variables**.

Es que la intervención del Estado en el campo de las relaciones colectivas de trabajo tiene un sesgo particularísimo: hasta **un cierto punto**, esa intervención forma parte de los deberes del propio Estado de "hacer lo suyo" en la tarea de redistribuir los poderes entre los sujetos colectivos para fortalecer la acción colectiva y contribuir de ese modo a la operación de una de las técnicas principales del Derecho del Trabajo. Pero toda actuación del Estado que desborde "ese punto" ha de configurar una violación de los principios de la autonomía colectiva y de la libertad sindical.

Desde una perspectiva menos normativa, la ciencia política abordó esta misma cuestión –y las distinciones que es posible formular a su interior– a partir de una categoría histórica, la del **corporativismo**, íntimamente vinculada con el fascismo y diversas experiencias autoritarias de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, a partir de los años sesenta una nueva aproximación teórica hizo posible considerar otras manifestaciones esta vez compatibles con la lógica democrática. Se trata de la que separa el histórico corporativismo estatal y autoritario al que nos referimos antes, de otra categoría teórica que se propone dotarle de legitimidad republicana, liberal y democrática: esa que Schmitter denominó **corporativismo societal o necorporativismo**[4] y Lehmbruch –con sentido análogo– llamó

(4) SCHMITTER, Philippe. "Modes of Interest Intermediation and Models of Societal Change in Western

corporativismo liberal(5). A diferencia del **corporativismo estatal**, que se constituye en **una instancia de intermediación de intereses que están subordinados al Estado** que busca fundamento en una hipotética armonía de los diversos intereses que conviven en él, el **neocorporativismo** nace de una dinámica social que crea y preserva la autonomía de los actores colectivos.

Como se sugirió antes, el Estado cumple un papel central tanto en el modelo autoritario como en este que ahora atrae mi interés, pero en tanto en este último el Estado es un sujeto que **alienta, promueve, fomenta, estimula, media y asiste,** en el otro –el estatal– el Estado es principal y dominante actor: **define, unge, ordena y controla.**

En el fenómeno **neocorporativo**, las estructuras excluyentes y monopólicas (ellas también forman parte de su concepción), surgen del acuerdo entre asociaciones de intereses esencialmente voluntarias que buscan el consenso para limitar el conflicto interasociacional, o bien surgen del predominio simplemente competitivo de algunas de ellas(6). En ese esquema, ni el Estado dirige a las asociaciones de interés, ni las agencias estatales son capturadas por los intereses privados. Tanto las asociaciones de interés como el Estado gozan de cierto grado de autonomía recíproca(7); el modelo excluye tanto la "estatización" de los actores privados, como la "privatización" del gobierno. El modelo **neocorporativo** solo abraza una parte de las relaciones sociales políticas y económicas, y se asocia con un sistema de representación parlamentaria que guarda congruencia con los principios del pluralismo liberal(8).

En lo puramente fáctico, lo que hace posible el modelo **neocorporativo** es, además de la convicción democrática y liberal, un Estado suficientemente fuerte como para preservar su autonomía respecto de los intereses privados, pero no tan fuerte como para que en ejecución de su concepción del modo de vinculación

---

Europe" (Philippe C. Schmitter", In: *Trends Toward Corporatist Intermediation*. Volume I, Contemporary Political sociology, SAGE Publications, Beverly Hills, London, 1979, pp. 63-94.

(5) LEHMBRUCH, Gerhard. "Liberal Corporatism and Party Government". In: *Trends Toward Corporatist Intermediation*. Contemporary Political sociology, Volume I, SAGE Publications, Beverly Hills, London, 1979, pp. 147-183.

(6) COLEMAN, William D. "State coporatism as a sectoral phenomenon: the case of the Quebec construction industry". En: *Organized Interests and the State; Studies in meso corporatism*. Ed. by Alan Cawson, SAGE Series on Neo-corporatism, Sage Publications, London, Beverly Hills, New Delhi 1985, p. 106.

(7) CAWSON, Allan. "Introduction. Varieties of Corporatism: the importance of the meso-level of interest intermediation". En: "Organized Interests and the State; Stuidies in meso corporatism" ed by Alan Cawson, SAGE Series on Neo-corporatism, Sage Publications, London, Beverly Hills, New Delhi 1985, p. 1.

(8) PÉREZ YRUELA, Manuel y GINER, Salvador. "Corporatismo; el estado de la cuestión". En: *REIS*. Nº 31 Centro de investigaciones sociológicas, julio-sept., 1985, pp. 9-45.

con esos intereses pueda prescindir de la participación de las organizaciones que los representan; cada parte tiene poder suficiente para impedir que la otra pueda realizar sus intereses unilateralmente y cada una es bastante débil como para que para hacer valer sus intereses deba hacerlo indirectamente con la mediación del Estado[9]. Lo que distingue al **neocorporativismo** del viejo **corporativismo estatal**, es que aquel no responde a un diseño político desde el Estado, sino a una multiplicidad de causas concurrentes que surgen de la evolución de la sociedad civil, del propio Estado y del sistema económico capitalista, de una dinámica social que crea y preserva la autonomía de los actores colectivos[10]: el Estado puede **activarlo, favorecerlo, promoverlo,** pero no **imponerlo**.

Queda claro, por consiguiente, que **el Estado es determinante tanto en la configuración del corporativismo estatal como en la del neocorporativismo**; cada uno de ellos no se constituye **con o sin el Estado** –presente en uno y otro– sino en virtud del diverso papel que se le adjudica en cada uno de ellos; en el **corporativismo estatal**, es la articulación de los actores con el aparato del Estado lo que afirma la posición de este último como **intermediario**; en el **neocorporativismo**, la representación transita la estrecha articulación de cada actor con el grupo social al que representa, define su representatividad y ella constituye al *mandatario* en una figura central[11].

V. LAS CATEGORÍAS DE LA CIENCIA POLÍTICA Y LA LIBERTAD SINDICAL

Como resulta de los párrafos anteriores, al interrogante acerca de cuáles son los límites de la intervención del Estado de modo que no se torne incompatible con el sistema de la democracia liberal, se agregaría en nuestra perspectiva la condición de su compatibilidad con el esquema de la **libertad sindical**. La relación de esos límites formulada en las líneas anteriores hacen evidente *q***ue los principios de la libertad sindical de ningún modo implican ausencia o abstención absoluta del Estado** y, por lo tanto, que los procesos de concertación tripartita en los que este participa junto con los sindicatos y los empresarios –en ciertas condiciones, la manifestación más completa del fenómeno **neocorporativo**– son

(9) Ídem.

(10) MARQUES-PEREIRA, Berenger. "Corporativismo societal y corporativismo de Estado: Dos modos de intercambio político". En: *Foro Internacional*, Vol. 39, Nº 1 (155) (enero - marzo 1999) pp.. 93-155.

(11) Ídem.

perfectamente compatibles con la **libertad sindical**. Ella está garantizada cuando el proceso de concertación se lleva a cabo asegurando la independencia plena de los actores empresario y sindical y cuando la intervención estatal en la configuración de los actores se limita a **estimular, promover, facilitar, fomentar** sus criterios de actuación, sin invadir sus espacios de autonomía que los órganos de control de la OIT se han ocupado de definir y preservar.

Podría afirmarse, pues, que la cuestión que enmarca el fenómeno **neocorporativo** y, a su interior, su adecuación a los principios de la **libertad sindical**, no trata en términos absolutos de la presencia o ausencia del Estado, sino de sus criterios de actuación: configurativos bien de un **corporativismo estatal,** cuando la articulación de los actores con el aparato del Estado afirma la posición de este último como **intermediario**; bien de uno **societal, liberal o democrático,** cuando la representación se funda en la articulación de cada actor con el grupo social al que representa. En otras palabras, de un régimen invasivo de los principios de la libertad, o bien de uno que es respetuoso de los mismos.

Podría inferirse de estas consideraciones, como se anticipó líneas arriba, que el sistema de relaciones colectivas de trabajo y el *standard* de la **libertad sindical** que le impone su marco, hace ciertas "concesiones" al fenómeno **corporativo**, de modo que la observancia de sus límites permite al régimen que opera dentro de sus términos constituirse en manifestaciones de **neocorporativismo o corporativismo liberal** compatible con aquel principio. Pareciera, en efecto, que la **libertad sindical** deja espacios más que transitables para el ejercicio del modo **neocorporativo; hay un cierto "realismo" de la libertad sindical que acepta la promoción de la unidad, aunque no su imposición.** La libertad sindical no es dogmática ni excluyente, como lo ponen de manifiesto la vigencia de la figura del sindicato más representativo[12], las condiciones de demostración de la representatividad[13], la extraordinaria atribución de negociar en representación del interés colectivo de toda la categoría profesional, el reconocimiento del efecto *erga omnes* de los acuerdos cuando han sido celebrados por los más representativos[14], la tolerancia de las cláusulas de

(12) "La Libertad Sindical; Recopilación de deciciones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición revisada OIT Ginebra (en lo sucesivo, CLS), párrafos 949/955

(13) CLS, párrafos 964 y ss.

(14) CLS, párrafos 346/359.

seguridad sindical en tanto no sean impuestas por la ley[15], la consagración de los derechos federativos[16].

¿Cómo caracterizar al régimen argentino desde esas perspectivas teóricas?

VI. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Esa caracterización no es sencilla y la emprendemos a título apenas hipotético, solo con el objeto de poner en evidencia cuánta reflexión teórica demanda aún el derecho colectivo argentino.

Como se señalara en las líneas precedentes, el ejercicio **neocorporativo** requiere asociaciones de empleadores y de trabajadores **sólidas e independientes**, así como un compromiso consistente **de respeto de los principios y las reglas de la libertad sindical.**

A mi juicio, las condiciones destacadas no se cumplirían a cabalidad en la experiencia argentina; aun cuando que, por poderosos, ciertos sindicatos tengan la aptitud de desafiar a los gobiernos de su propio signo y, en ocasiones, hasta de prevalecer por sobre ellos, el entramado de intervención estatal en el campo de las relaciones colectivas del trabajo parece haber dado lugar a un sindicalismo **tributario del Estado,** cuya independencia –la de los sindicatos– por lo tanto, no está garantizada. Muchos de los fenómenos de predominio estatal que se advierten en esos vínculos son clara derivación de esa condición cultural institucionalmente configurada. Tampoco tienen plena vigencia **las reglas y principios de la libertad sindical** como lo ha dicho recientemente con quirúrgica precisión la Corte Suprema de Justicia de la Nación[17].

VII. NEOCORPORATISMO "FRACTURADO" Y "ESTATALISTA"

Desde esa condicionante perspectiva, la observación de las interacciones entre los actores sindicales, empresarios y estatales sugiere que los vínculos que entre ellos se establecen en los niveles cupulares no constituyen en su mayor parte

(15) CLS, párrafos 363/368.

(16) CLS, párrafos 710/768.

(17) En las sentencias citadas en la nota 1

manifestaciones de **tripartismo neocorporativo, sino una sucesión de "diálogos" de a dos**[18] (en el que quienes participan en esos diálogos ni siquiera se manifiestan de modo orgánico)[19] lo que da lugar a productos diversos en función del contexto económico y político y la orientación ideológica de los gobiernos, pero que en la vinculación de los sindicatos con gobiernos del propio signo exhiben ciertas constantes: el sindicalismo defiere respaldo político, privilegia las prioridades electorales de su partido aún al costo de posponer reivindicaciones sectoriales, contribuye al control del conflicto industrial y contiene o, en su caso, modera el reclamo salarial mientras demanda compensaciones más o menos "personalizadas" tendientes a preservar y potenciar sus recursos financieros, organizacionales y políticos y, como derivación de ello, un devenir ventajoso para el aparato.

Es cierto, como se ha sostenido[20], que hay una mayor sensibilidad a los requerimientos sindicales cuando existe monopolio de representación; esa sensibilidad estatal, no obstante, al menos en el caso argentino, **parece vincularse más intensamente con las demandas organizacionales de los sindicatos que con las demandas funcionales de protección social**. Son manifestaciones de lo que hace muchos años llamé "neocorporativismo fracturado"[21] –"de a dos", también por entonces– en el que, por añadidura, el tipo de vinculaciones entre el Estado y los actores le coloca más cerca –aunque de modo atenuado– de aquello que Schmitter denominara "corporativismo estatal".

Esa atenuada proximidad nos sugiere la pertinencia de sumar a esa condición "fracturada" del régimen, la adicional condición de "estatalista". Es cierto que desde un encuadramiento teórico riguroso en las categorías alumbradas por Schmitter, la doble calificación ("neocorporativimo" + "estatalista") implica una suerte de contradicción en los términos. A mi juicio, sin embargo, "en clave argentina" no lo es: el modo de **intensa vinculación con el Estado** que evocamos líneas arriba caracteriza al régimen, pero no es igual, a mi juicio, a los modos de intervención del Estado totalitario imperante en

(18) Conf. PORTANTIERO, Juan Carlos. "La concertación que no fue; de la ley Mucci al Plan Austral". En: *Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina.* (Nun y Portantiero, compiladores) Puntosur, Buenos Aires, 1987.

(19) Frecuentemente, la fijación de la pauta para orientar las negociaciones posteriores no se concierta con la CGT (tampoco, por cierto, con las centrales empresarias), sino con uno o varios sindicatos próximos al gobierno de turno

(20) Conf. ETCHEMENDY. Sebastián. Citando a Victoria Murillo. "Represión, exclusión e inclusión: relaciones gobierno sindicatos y modelos de reforma laboral en economías liberalizadas". *Revista SAAP*. ISSN: 1666-7883 Vol. 2, Nº 1, dic. 2004, 135/164.

(21) En mi *El trabajo y los mercados; sobre las relaciones laborales en la Argentina*. EUDEBA, Buenos Aires, 1997, p. 28.

los regímenes que alumbraran manifestaciones de "corporativismo estatal" en sentido estricto.

A su vez, las manifestaciones **neocorporativas** más completas –la presencia articulada de sindicatos y empresarios (institucionalmente representados) y gobierno en la definición de políticas laborales– están ausentes; los pactos sociales exhiben en Argentina una historia de frustraciones y los intentos de preconstituir "leyes negociadas" no han fructificado hasta hoy.

VIII. PERO TAMBIÉN REVERSIBLE …

No es invariable, sin embargo, el contenido y orientación de las políticas laborales que se generan a partir de un esquema vinculatorio como el evocado. La experiencia reciente muestra dos trayectos bien diversos: en uno, el de la gestión menemista, la preservación de esos recursos del aparato tuvo negativa contrapartida en las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, consentida y hasta coprotagonizada por la dirigencia sindical cupular; en otro posterior, el que se desarrollara desde el advenimiento de las gestiones de Nestor y Cristina Kirchner, las políticas laborales fueron más proclives a favorecer a las bases sindicales.

Pese a esta radical diversidad de resultados, **aquella notable continuidad del que denominaríamos por ahora "neocorporatismo estatalista y fracturado" no debe sorprender.** Más allá de rasgos particulares de unos u otros dirigentes sindicales y empresarios y del modo en que cada uno de ellos administra sus particulares recursos de poder, los actores que transitaran aquellas dos secuencias visiblemente contradictorias (las de los gobiernos de Menem y los posteriores de Nestor y Cristina Kirchner) **fueron más tarde los mismos que fueron antes**, y sus criterios de acción colectiva vienen históricamente configurados por un sistema de incentivos cuyos trazos institucionales perduran desde hace muchas décadas. Algunos relevantes fenómenos de contexto (las características del modelo de acumulación, las condiciones de la economía, las preferencias ideológicas de los gobernantes) suscitan reacciones diversas; otros de sus rasgos –su modo de vincularse con el Estado, sus inclinaciones burocratizantes exaltadas por el modelo institucional– explican el contenido de sus intercambios. Por ello, **el mismo esquema que fue una vez tendencialmente regresivo, puede asumir hoy un perfil progresivo (cuanto menos, en forma aparente) y recuperar mañana aquella inversa condición;** hay una matriz institucional, un intercambio corporativo esencial cuya naturaleza no varía, y que hace de este, un esquema **reversible** y amañado en su relación con la concepción de las políticas laborales.

Podría decirse que esa hipótesis de la **reversibilidad** tuvo nueva confirmación más recientemente. En efecto, tras el triunfo electoral de octubre de 2011 y consiguiente reelección de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, se produjo una ruptura política entre su gobierno y el líder de la CGT, Hugo Moyano, que la indujo a concertar una alianza con los sectores hasta entonces menospreciados por el gobierno y que no acompañaban activamente a Moyano en la CGT (los denominados "gordos") e instrumentó a partir de entonces una línea de políticas que, como lo viene sosteniendo el sector sindical a la sazón postergado, podrían considerarse regresivas.

IX. … Y ADEMÁS, "SEGMENTADO"

Pues es cierto que esas manifestaciones de **neocorporativismo fracturado, estatalista y reversible** llegan solo a una parte de la clase obrera –los sectores formales y sindicalizados– y dejan en cambio afuera a los trabajadores informales (casi el 40 % de la población asalariada) así como a otros grupos postergados y vulnerables, desde que **son el producto del intercambio de salarios por beneficios organizacionales para aparatos y dirigentes y, solo cuando el contexto lo hace posible, por ventajas específicas para las bases sindicales, antes que por políticas universales de bienestar**(22). Se trataría de lo Etchemendy y Collier, que vengo de citar, designan como "neocorporativismo segmentado" que habilita tendencias de construcción de democracias **duales**(23), salvo que los gobiernos asuman la responsabilidad de compensar –**claro que sujetos a instancias de menos intensa presión en ese sentido**– la desventajosa situación de los sectores que no pertenecen a aquella singular alianza **neocorporativa**. En el caso argentino –dependiendo del signo ideológico dominante– es el rol que han cumplido en los noventa ciertas políticas focalizadas de atención de la pobreza extrema y en los últimos años, decisiones como la del establecimiento de la Asignación Universal por Hijo o la atribución de beneficios jubilatorios sin aportes. Bien

(22) Conf, ETCHEMENDY, Sebastián y BERINS COLLIER, Ruth. "Golpeados pero de pie. Resurgimiento sindical y neocorporativismo segmentado en Argentina (2003/2007)". En: *Postdata* 13, Agosto/2008 (pp. 145/192).

(23) Que se producen cuando "(…) las elites estatales y los grupos sociales dominantes establecen una alianza con un sector estratégico y minoritario de los sectores populares, con el objetivo de excluir a la mayoría del resto de los actores sociales por medio de la desarticulación/neutralización de su capacidad de acción colectiva" (ACUÑA, Carlos. "La burguesía industrial como actor político". En: *Tesis Doctoral Departamento de Ciencia Política*. Universidad de Chicago, en particular Capítulo 6 (Cuadro Legal que rige la Organización de Capitalistas y Trabajadores y las Negociaciones Capital - Trabajo en la Argentina), Mimeo, 1995.

entendido que en estos casos nace una nueva conflictividad por la asignación de los recursos entre quienes son beneficiarios del esquema **neocorporativo** ("estatalista", "fracturado", "reversible" y "segmentado") y quienes se encuentran al margen del mismo(24); y sucede, finalmente, que quienes están fuera de ese esquema y carecen, por lo tanto, de voz institucionalizada, corren serios riesgos que quedar total o parcialmente al margen de los actos de distribución(25).

X. EN ESE MARCO, LOS CONFLICTOS Y EL DERECHO DE HUELGA…

Decía líneas arriba que, a mi juicio, la cuestión central de las relaciones colectivas en Argentina no se vincula tanto con el tema de la unidad sindical ni con el grado de centralización /descentralización de la estructura sindical **sino con el modo en que el Estado interviene en la determinación de esas y otras variables**; en suma, con esos factores que nos han inducido a calificar al régimen argentino del modo que lo hicimos en las líneas precedentes.

¿Cómo se expresa un régimen de estas características en la configuración del conflicto y en el ejercicio de la huelga? Hay que decir que se modelo desborda "estatalismo" también en este ámbito institucional, en el que el conflicto se encuentra igualmente sujeto a un régimen de alto intervencionismo estatal y se constata en su consecuencia una cultura industrial que le corresponde.

En efecto. No ha sido revisada aún una muy vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha consagrado la atribución del Ministerio de Trabajo de calificar la legalidad o ilegalidad de la huelga(26), decisión que por ser irrecurrible en sede colectiva, pone en manos de ese ministerio amplios poderes para incidir en el modo o en la continuidad de su ejercicio. Esa calificación deviene decisiva a la hora de juzgar la legitimidad de la conducta de los trabajadores y empleadores en los conflictos individuales suscitados como conse-

(24) A modo de ejemplo, el debate acerca de si aumentar los mínimos no imponibles para los salarios formales o, por el contrario, preservar la recaudación para dispensar políticas de bienestar.

(25) Es, por ejemplo, el caso de los jubilados y pensionados que han sido relegados "a la mínima" o cuyas prestaciones no han sido objeto de actualización suficiente y oportuna, que vegetan en una litigiosidad "desmadrada" y de destino incierto (más de 300000 juicios en trámite que el gobierno se propone resolver "con cuentagotas"), sin que los actores sindicales –de cuyo ámbito de pertenencia provienen muchos de esos pasivos– se hagan cargo de su defensa y representación.

(26) CSJN en "Amoza de Fernandez c/ Carnicerías Estancia Galli" del 15/10/1962, "Ravaschino y otros contra Banco de Avellaneda), fallo del 15/10/1962: "Díaz y otro c/ Angel Risso y Cía" del 15/10/1962, entre otros en el mismo sentido y dictados ese mismo día.

cuencia o derivación de la controversia colectiva[27]; por otra parte, la tacha de ilegalidad de la huelga, decidida por el Ministerio de Trabajo, puede fundamentar una acción de la propia autoridad administrativa para obtener en sede judicial la suspensión o pérdida de la personería gremial del sindicato que adoptara aquella medida (art. 56 inc. 3.a y 2.a de la Ley Nº 23551) como derivación del incumplimiento de las del propio órgano administrativo.

Además de esa atribución, el Ministerio de Trabajo tiene las de suspender la ejecución de las medidas de acción directa (conciliación obligatorio, Ley Nº 14786) y por décadas tuvo también la de ponerles fin por aplicación del régimen de arbitraje obligatorio, consagrado en agosto de 1966 por la ley de facto 16936, y confirmada en 1974 por medio de la ley del Congreso de la Nación Nº 20638[28]. En demostración conspicua de la tolerancia cultural a la intervención estatal imperante, no fue sino en el año 2000 –más de 30 años después– que el arbitraje obligatorio fue suprimido por la Ley Nº 25.250[29].

Ese cúmulo notable de poderes de intervención del Estado ha contribuido a la instalación de una cultura colectiva que descansa sobre el principio y presupuesto de la solución heterónoma de los conflictos. Se entiende, en ese marco, el menguado desarrollo de los mecanismos de autocomposición de los conflictos. Se comprende también por qué razón, la excitación de la actividad de intervención del Estado, su modo, alcances y oportunidad, se convirtió en la Argentina en una de las más apreciadas estrategias de gestión del conflicto. Se reconoce, en síntesis, un factor más de los que de modo recurrente ilustran un sistema de relaciones colectivas vertical y fuertemente intervenido y explican la inocultable vocación de sus actores de someterse al tutelaje paternalista del Estado.

(27) Instancia en la que el juez que interviene en ese conflicto individual solo podrá apartarse de la calificación administrativa preexistente cuando considere que al adoptarla, el órgano administrativo ha incurrido en error grave, arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o falta de fundamentos (en ese sentido, los fallos citados en la nota anterior); de otro modo se vulneraría "(…) la necesaria observancia de la seguridad jurídica que adquiere dimensión constitucional en cuanto se vincula en supuestos tales como el ejercicio de las atribuciones de los poderes y el respeto de los derechos individuales comprometidos" (CSJN, "Ravaschino y otros contra Banco de Avellaneda", fallo del 15/10/1962 citado en la nota anterior.

(28) Ley esta última que, paradójicamente, le atribuyó al arbitraje obligatorio carácter de institución permanente y de genérica aplicación, superando el carácter meramente transitorio y de limitada aplicación que sucesivos gobiernos **de facto** le adjudicaran hasta entonces

(29) De modo que, según lo expresó Miguel Angel Maza en: *Revista Doctrina Laboral.* Tomo XIV, Errepar julio de 2000 "(…) más allá de estas normas, lo cierto es que, mediante el instituto del arbitraje obligatorio, disimulado como un instrumento para la solución pacífica de conflictos, el Estado privó durante un tercio de siglo a los sindicatos del arma defensiva y de reivindicación que la huelga supone (…)".

LA NIVELACIÓN PENSIONARIA: BENEFICIO DE POCOS, PERJUICIO DE MUCHOS

CÉSAR GONZÁLES HUNT[1]

I. INTRODUCCIÓN

Las pensiones son, sin lugar a dudas, una de las materias más controvertidas de las últimas décadas en el Perú. El nacimiento de nuevos regímenes, mayores o menores beneficios, montos insuficientes o exponencialmente elevados. Diversos han sido los temas que se han discutido en torno al pago de una prestación pensionaria en nuestro país.

Siendo ello así, no cabe duda de que es el Régimen Previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley Nº 20530, el que mayor controversia generó con la creación del beneficio más atractivo del mercado previsional: la nivelación pensionaria. Su aplicación obligó a que los fondos que se transfirieran del Tesoro Público hacia a este régimen resultaran una gravosísima carga para el Estado, debido a la carencia de recursos que permitieran hacerlo un sistema autofinanciado.

Un profundo análisis determinó la innegable necesidad de erradicar aquel beneficio que no había sido originario del Régimen Previsional del Estado y que limitaba en diversas dimensiones el incremento de las remuneraciones a los trabajadores del Sector Público en activo de dicho régimen pensionario, así como iba

(1) Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Seguridad Social en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

progresivamente generando una deuda pública de muy difícil atención por parte de las arcas públicas.

Las medidas de ajuste adoptadas para darle viabilidad y sostenibilidad a futuro a este régimen pensionario implicaron incluso la necesidad de una Reforma Constitucional en el año 2004. Sin embargo, los opositores a la reforma constitucional y legal –una vez pronunciado el Tribunal Constitucional por la viabilidad jurídica de estas y su compatibilidad con el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por el Perú– llevaron hasta instancias internacionales el cuestionamiento recaído, entre otros, a la eliminación de la nivelación pensionaria, verdadero privilegio de unos pocos.

Es precisamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que me cupo el privilegio de defender conjuntamente con Mario Pasco Cosmópolis al Perú, siendo testigo de las mejores de sus aptitudes y conocimientos para defender con éxito aquella reforma constitucional y legal que brindaría igualdad a sus ciudadanos.

Mario Pasco Cosmópolis fue un propulsor de la Seguridad Social y un incansable defensor de la igualdad de todos en la Seguridad Social. Su gran labor en esta rama del Derecho permitió que junto con otros partícipes, consiguiéramos un rotundo triunfo para el Perú ante la mencionada instancia internacional y de esa manera quede zanjada la discusión jurídica en torno al sistema previsional regulado por el Decreto Ley Nº 20530 y cerrado definitivamente este régimen con el consecuente reconocimiento de la eliminación del privilegio de la nivelación pensionaria.

La historia de cómo se llevó ello a cabo resulta de especial trascendencia para el derecho previsional.

II. CUESTIONES GENERALES

Como se recordará, el Régimen de Pensiones del Estado fue creado a través del Decreto Ley Nº 20530, promulgado el 26 de febrero de 1974. En principio este sistema se presentó como exclusivo y cerrado, abarcando únicamente a un número determinado de trabajadores del Estado. Esto es, al momento de la dación de esta norma, el objetivo fue crear un sistema previsional especial para aquellas personas que se encontraran prestando servicios a favor del Estado y que no estuvieran comprendidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 19990.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, el régimen del Decreto Ley Nº 20530 fue ampliando progresivamente su ámbito subjetivo, a través de diversas normas de excepción, como es el caso de la Ley Nº 25146 (incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación), Ley Nº 25212 (incorporó a los profesores), Ley Nº 25273 (incorporó a los trabajadores de las empresas públicas), entre otras varias leyes especiales.

La razón de lo anterior proviene del hecho que la referida disposición constitucional estatuyó el derecho de los beneficiarios del régimen previsional del Decreto Ley Nº 20530 a la nivelación progresiva de sus pensiones. La justificación que se le otorgó a este privilegio fue que este sistema era uno de naturaleza cerrada.

Sin embargo, como veremos a continuación, el privilegio de la nivelación de pensiones fue motivo de cuestionamiento por su impacto en las finanzas públicas, llegándose posteriormente a su eliminación.

III. LA APLICACIÓN DE LA NIVELACIÓN DE PENSIONES: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Como tenemos dicho, la nivelación pensionaria no fue incorporada al texto original del Régimen Previsional del Estado, cuya vigencia se inicia en 1974. No es sino hasta 1979, a través de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de ese mismo año que se introduce este beneficio al régimen, reconociéndose a los pensionistas de cesantía con más de 20 años de servicios el derecho a acceder a una prestación equivalente al haber mensual de un servidor en actividad que tuviera el mismo cargo (o similar) al que ejerció el pensionista el momento de su cese.

No bastaba que la Constitución enunciara un atractivo beneficio para que este fuera desarrollado y aplicado en su totalidad. Así es que el 19 de enero de 1982 se expide la Ley Nº 23495, que junto con su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 015-83-PCM, publicado el 18 de marzo de 1983, establecen las disposiciones de aplicación en torno a la nivelación pensionaria. En efecto, el artículo 1 de la Ley Nº 23495 estableció que:

> "La nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros

> regímenes especiales, se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías (…)".

En forma complementaria, el artículo 2 del Reglamento de la Ley Nº 23495 señaló que:

> "para los efectos de la nivelación de pensiones a que se refiere la Ley se consideran los servicios prestados bajo el régimen del Decreto Ley Nº 20530, que unifica e integra las normas y disposiciones relativas al régimen de pensiones del personal de la Administración Pública".

Posteriormente, el Decreto Legislativo Nº 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, del 22 de abril de 1996, dispuso que:

> "En el caso de regímenes de pensiones sujetas a nivelación, esta deberá realizarse en relación con los niveles de igual jerarquía, de igual régimen laboral, de igual régimen previsional y de la misma entidad".

Agregaba que en caso no fuera posible el reajuste sería aprobado por la ONP tomando en consideración la disponibilidad de recursos. Esta disposición entonces era clara en cuanto a que la comparación debía realizarse respecto del mismo régimen laboral del servidor y no podía aplicarse en los casos de variación del régimen laboral como ocurrió con las empresas y entidades del Estado.

Luego, la Ley Nº 26835, en vigencia a partir del 4 de julio de 1997, dispuso en su Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final:

> "De conformidad con lo dispuesto en la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 23 de abril de 1997, recaída en la Causa Nº 008-96-I/PC, las pensiones renovables del Régimen del Decreto Ley Nº 20530, obtenidas legalmente en fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 817, se nivelan con los haberes de los servidores públicos en actividad del mismo cargo o cargo equivalente. (…)".

Por otro lado, la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la norma en referencia definió que debía entenderse por servidor público, precisando que:

> "Las denominaciones "servidor público" o "funcionario público" en las normas en materia pensionaria, se refieren a quienes están

> sujetos al régimen de la actividad pública, no a los comprendidos en el régimen de la actividad privada".

Según estas disposiciones legales, la nivelación debía realizarse con las remuneraciones y los haberes de los funcionarios o servidores públicos entendiéndose por ello a quienes estaban sujetos al régimen laboral público de la Ley Nº 11377 o del Decreto Legislativo Nº 276. Sin embargo, a pesar que en estos dispositivos se establecía de manera clara e incuestionable que la relación de referencia se daría entre las pensiones y los haberes de los funcionarios o servidores públicos (entendiéndose por ello a quienes estaban sujetos al régimen laboral público de la Ley Nº 11377), esta fue desnaturalizada al permitirse que la nivelación se aplique tomando como referencia a las remuneraciones de los trabajadores de las empresas públicas, en su mayoría bajo el régimen laboral de la actividad privada (Ley Nº 4916).

En efecto, tanto en sede administrativa como en el Poder Judicial (y también en el Tribunal Constitucional) se acogen solicitudes de nivelación de pensionistas que al cesar no tenían la condición de funcionarios o servidores públicos o que a pesar de serlo no tenían un referente de su mismo nivel o categoría en la actualidad, pues los trabajadores de la entidad para la cual sirvieron se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, impidiendo que se cumpla el supuesto previsto por la nivelación: equiparar las pensiones (de origen y naturaleza pública) con los haberes de los funcionarios o servidores en actividad (siempre que estuvieran sujetos al régimen laboral de la actividad pública).

La incompatibilidad entre ambos conceptos (pensiones públicas y remuneraciones de trabajadores de la actividad privada) era manifiesta, sin embargo, existía fallos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional que debían ser cumplidos.

Ahora bien, con la finalidad de brindar una herramienta que permitiera resolver los casos en los que se había dispuesto judicialmente "nivelar" las pensiones del Decreto Ley Nº 20530 que al momento de cese no tenían la condición de servidores públicos, el segundo párrafo de la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley Nº 26835 señaló:

> "Quinta.- (…)
>
> La ONP procederá a establecer los cargos públicos equivalentes en cada caso, a efecto del pago de las pensiones de los trabajadores que, por excepción establecida por ley expresa gozan válidamente pensión del régimen del Decreto Ley Nº 20530 sin haber tenido al cese la calidad de servidores públicos".

Según esta disposición, la ONP (Oficina de Normalización Previsional) elaboraría por cada entidad un "Cuadro de Equivalencias" entre los cargos públicos existentes y las escalas ocupacionales derivadas de la conversión al régimen laboral privado. Durante la vigencia de dicha norma, fueron aprobados los cuadros de equivalencias para la Empresa Nacional de Puertos (Enapu S.A.), Compañía Peruana de Vapores (CPV) y el Banco de la Nación. Tal atribución fue suprimida por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 001-98-AI/TC de fecha 27 de junio de 2001, por la cual se declararon inconstitucionales varios artículos de la Ley Nº 26835.

Posteriormente, la Ley Nº 27719, *Ley de reconocimiento, declaración y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley Nº 20530 y sus normas modificatorias y complementarias* publicada el 12 de mayo de 2002, dispuso que el reconocimiento de los derechos pensionarios derivados del citado régimen correspondía a la entidad donde prestó servicios el beneficiario, bajo la supervisión y control del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 3). La norma no hacía mención a la fijación de las equivalencias, por lo tanto, se generó un vacío legal con relación al tema que fue cubierto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Cabe precisar que el numeral 4.6 (procedimiento para la nivelación de pensiones) de los "Lineamientos para el reconocimiento de derechos pensionarios del Decreto Ley Nº 20530", aprobados por Decreto Supremo Nº 159-2002-EF, publicado el 25 de octubre de 2002, establece que la nivelación de pensiones se produce con los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último, que no corresponde efectuar la nivelación con el régimen privado y que solo podrá efectuarse sobre la base de la escala remunerativa aplicable a los servidores públicos comprendidos en el Decreto Legislativo Nº 276.

En este sentido, los fundamentos 15 y 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 189-2002-AA/TC (caso Carlos Maldonado Duarte de fecha 18 de junio de 2003) establecieron con carácter de precedente obligatorio lo siguiente:

> "15. la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese (…)".

16. "la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo de régimen laboral de la actividad privada (…) no procede (…).

Como se colige del precedente del Tribunal Constitucional, la naturaleza de la nivelación pensionaria en el régimen del Decreto Ley Nº 20530 (según el precepto constitucional que la originó y las normas legales que la desarrollaron) resultaba incompatible con las remuneraciones e incrementos de los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral privado. Este criterio ha sido ratificado con posterioridad de manera uniforme por el Tribunal Constitucional convirtiéndose entonces en regla de aplicación e interpretación firme.

Luego, la Ley Nº 28047, Ley que Actualiza el Porcentaje de Aporte destinado al Fondo de pensiones de los Trabajadores del Sector Público Nacional y Regula Las Nivelaciones de Pensiones del Régimen del Decreto Ley Nº 20530 publicada el 31 de julio de 2003, dispuso en su artículo 3:

> "**Artículo 3.- De la determinación del monto de las pensiones de los cesantes y jubilados sujetos al régimen del Decreto Ley Nº 20530**
>
> Precísase que la nivelación de las pensiones de los cesantes y jubilados sujetos al régimen del Decreto Ley Nº 20530, de las entidades que tengan o hayan tenido regímenes laborales distintos, se efectuará tomando como base de referencia la remuneración que, de conformidad con el Sistema Único de Remuneraciones previsto por el Decreto Legislativo Nº 276, perciben los trabajadores de la entidad de origen del pensionista. No se considerarán, para tal efecto, aquellos conceptos que estos perciban con el carácter de no pensionable.
>
> En ningún caso la nivelación de tales pensiones se hará tomando como referencia las remuneraciones del personal que, en tales entidades, se encuentre sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
>
> Además en ningún caso se permitirá una pensión nivelable superior a un monto mayor a la remuneración de un trabajador activo de su mismo cargo y nivel que pudiera corresponderle".

Como se advierte, el artículo 3 de la Ley Nº 28047 dispuso que la nivelación de pensiones del régimen del Decreto Ley Nº 20530 debía realizarse teniendo como base de referencia a la remuneración que perciben los trabajadores en actividad de la entidad de origen del pensionista, de conformidad con el Sistema Único de Remuneraciones previsto en el Decreto Legislativo Nº 276. Dicho mandato

era válido inclusive para aquellas entidades que tenían trabajadores regulados por regímenes laborales distintos (público y privado). Así, el artículo 3 de la Ley Nº 28047 se enmarca dentro de la corriente jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional expuesta en los fundamentos 15 y 16 (antes citados) de la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte.

Hasta aquí, en conclusión, la mayoría de entidades del Estado que en sus inicios tuvieron a sus trabajadores bajo el régimen laboral público (regulado por la Ley Nº 11377 y, posteriormente por el Decreto Legislativo Nº 276), pero que luego cambiaron su régimen laboral por el privado (regulado por la Ley Nº 4916 y, posteriormente por el Decreto Legislativo Nº 728) tuvieron que nivelar las pensiones tomando en cuenta los cuadros de equivalencia de trabajadores del régimen laboral público del Sector al que pertenecían dichas entidades, pues nivelar las pensiones con los trabajadores en actividad (privados) constituye un imposible jurídico.

De esa manera, como podemos apreciar, la nivelación era un concepto emanado del régimen previsional de los funcionarios y servidores públicos del Estado, regulado en la Ley Nº 23495 y su Reglamento, que permitía equiparar el monto de la pensión con el haber del funcionario o servidor público en actividad que ocupase el nivel y categoría que el pensionista ostentó al momento de su cese laboral, beneficiándose con el incremento de su prestación en cada oportunidad que aumente el haber de su par (efecto espejo), resultando incompatible su vinculación con las remuneraciones de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada

Ahora bien, en cuanto a la evolución jurisprudencial, a partir del año 1998 las resoluciones judiciales aluden en unos casos a la nivelación con la remuneración percibida en el régimen laboral que ostentaba el pensionista al momento de su cese y en otros casos alude al régimen laboral público. Ello se aprecia de las siguientes resoluciones que se precisan para identificar el criterio:

- Expediente Nº 1036-96-AA/TC publicado el 5 de abril de 1998, seguido por el Sr. Julio Gastón Larco León contra la Superintendencia de Banca y Seguros y el Ministerio de Economía y Finanzas:

  > "(...) la nivelación de pensiones debe estar en relación directa con el régimen laboral al que perteneció el trabajador al momento del cese. En el caso de autos el que corresponde al demandante es el régimen de la Administración Pública, y por lo tanto no sería posible homologar su pensión con la remuneración que perciben los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada".

- Expediente Nº 495-97-AA/TC publicado el 22 de abril de 1998 seguido por el Sr. Foción Herrada Céspedes contra la Superintendencia Nacional de Aduanas:

> "(…) En efecto, la nivelación de sus pensiones se ha realizado, conforme a lo dispuesto por la referida norma, con el monto de las remuneraciones percibidas por un trabajador activo del Ministerio de Economía y Finanzas con igual cargo, nivel y categoría. Ello debido a la imposibilidad de nivelarlas con el monto de las remuneraciones de los trabajadores de la Superintendencia Nacional de Aduanas por pertenecer estos a un régimen laboral distinto".

- Expediente Nº 554-98-AA/TC publicado el 16 de noviembre de 1998 seguido por el Sr. César Augusto Mujica Sánchez contra la Oficina de Normalización Previsional, se estableció que:

> "la nivelación a que tienen derecho todos los pensionistas del Régimen del Decreto Ley Nº 20530, debe efectuarse con los haberes del funcionario o trabajador que se encuentre en actividad en el mismo nivel, categoría y régimen laboral que ocupó el pensionista al momento de su cese, siendo inaplicable la nivelación entre regímenes previsionales distintos, así como en relación a trabajadores que a la fecha se encuentran en el régimen laboral de la actividad privada".

Posteriormente, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de junio de 2003 recaída en el Expediente Nº 189-2002-AA/TC, proceso seguido por el señor Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros, se estableció en el fundamento 15 y en calidad de precedente de observancia obligatoria el siguiente parámetro:

> "la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese".

Asimismo, el fundamento Nº 16 de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, es categórico respecto a la pretensión de nivelación de pensionistas del régimen del Decreto Ley Nº 20530 con trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral del Sector Privado:

> "en el presente caso, respecto de la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada, como se tiene dicho en el fundamento 15, no procede, toda vez que los trabajadores en actividad que laboran en la Superintendencia de Banca y Seguros pertenecen al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, lo que señaló en el artículo 5 de la Ley Nº 25792, mientras estuvo vigente, en cuanto transfiere al pliego presupuestal del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondería pagar a la institución demandada a sus pensionistas, jubilados y cesantes del régimen del Decreto Ley Nº 20530, estableciendo que dichas pensiones tendrán como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios, no vulneró derecho constitucional alguno del demandante".

Este lineamiento ha sido ratificado y precisado con los fallos posteriores sobre este tema, como se aprecia de los pronunciamientos siguientes:

- Expediente **Nº 1605-2002-AA/TC del 28 de noviembre de 2003, seguido por** la Asociación de Cesantes y Jubilados de Enapu S.A.:

  > "la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable debe efectuarse respecto al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, de nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por los artículos 6 del Decreto Ley Nº 20530, 5 de la Ley Nº 23495 y 5 del Decreto Supremo Nº 0015-83-PCM".

- Expediente Nº 2823-2002-AA/TC del 19 de diciembre de 2003 seguido por Julio Humberto Azaldegui Abad contra Petroperú y la ONP:

  > "El recurrente ha probado fehacientemente haber desempeñado el cargo de jefe de la sección de impresiones durante 16 meses consecutivos y anteriores a la fecha de su cese labora, y que goza de pensión nivelable; consecuentemente, conforme lo tiene establecido el Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia, la nivelación de la pensión del demandante debe efectuarse de acuerdo a la remuneración que percibe el

funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Ley Nº 20530, el artículo 5 de la Ley N**º 23495 y el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 0015-83-PCM y conforme a** la Ley Nº 25219".

- Expediente Nº 1276-2004-AC/TC seguido por el señor Pablo Alvarez Frisancho contra Electroperú, publicado el 31 de agosto de 2004, según el cual:

  "La nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad (…) no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada.

  El artículo 19 de la Ley de la Empresa de Electricidad del Perú –Electroperú– Decreto Legislativo Nº 41 (…) establece que los trabajadores empleados de Electroperú están sujetos al Régimen de la Ley Nº 4916 (…) razón por la cual no es procedente la nivelación de la pensión de cesantía del demandante".

- Expediente Nº 218-2004-AA/TC seguido por el señor **Víctor Salazar Tagle contra** la Superintendencia Nacional de Aduanas:

  "Este Tribunal, en uniforme y reiterada jurisprudencia, ha establecido que la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, es decir, la nivelación de cesantía debe estar en relación con el régimen laboral al que perteneció el trabajador al cesar, es decir, que no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada".

- Expediente Nº 1204-2004-AA/TC seguido por Irene Santa Cruz Costilla contra Sedapal, publicado el 20 de enero de 2005:

> "La nivelación de los pensionistas demandantes con las remuneraciones de sus cargos similares, iguales o equivalentes a los trabajadores o funcionarios en actividad (…) de ningún modo puede interpretarse como una orden de nivelación acorde con los trabajadores del Sector Privado, dado que son regímenes incompatibles.
>
> Conforme a lo manifestado, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ejecutorias (…) que no puede aplicarse la nivelación a regímenes pensionarios distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada".

En conclusión, como se colige de las normas y de la posición de la jurisprudencia, la nivelación de pensiones no podía efectuarse con los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sino que debía efectuarse con los trabajadores en actividad sujetos al régimen laboral de la actividad pública. La nivelación como mecanismo de reajuste tuvo vigencia hasta el 17 de noviembre de 2004, pues a partir del día siguiente, 18 de noviembre de 2004, entró en vigencia la reforma constitucional, prohibiendo la nivelación pensionaria.

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL: CIERRE DEFINITIVO DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL ESTADO (DECRETO LEY Nº 20530) Y PROSCRIPCIÓN DE LA NIVELACIÓN PENSIONARIA

Como es de conocimiento público, el costo de mantenimiento anual del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530 era un aproximado de S/. 4500 millones, que en gran medida se destinaba al pago de las prestaciones niveladas obtenidas de manera indebida, razón por la cual el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República un proyecto de reforma de los artículos 11, 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que al ser aprobado le permitiera reestructurar el régimen previsional del Estado.

Esta reforma constitucional tuvo como sustento importantes recomendaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y del propio Tribunal Constitucional, entre otros. De esa manera, el día 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley Nº 28389, mediante la cual se aprobó la reforma de la Constitución Política de 1993, sustituyéndose –entre otros– el contenido de su Primera Disposición Final y Transitoria, declarándose cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530, así como excluida de nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional y la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Asimismo, el 30 de diciembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley Nº 28449, el cual establecía las nuevas reglas del régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530 de conformidad con la reforma constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, siendo las principales novedades que el tope máximo de las pensiones sería equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, estableciéndose para ello un procedimiento para la adecuación de las pensiones a dicho tope. Igualmente, se estableció el mecanismo de aplicación del reajuste de las pensiones y se dictaron las nuevas reglas para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivientes.

La Ley Nº 28389, "Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú", estableció textualmente en su artículo tercero lo 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 Nº 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 Nº 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 Fondo 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 (...)".

Como se podrá apreciar, esta Ley de Reforma Constitucional es de aplicación inmediata y establece que no procede la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

La Ley Nº 28449, "Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530", señaló en su artículo 4 que "está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad".

Como se aprecia con nitidez, estas dos normas han establecido que la nivelación de pensiones ya no procede y está prohibida. Incluso para los pensionistas que han obtenido su derecho a percibir una pensión de cesantía nivelable a través de un proceso judicial, dado que estas normas son de aplicación inmediata.

Respecto de este tema, cabe recordar que la cosa juzgada garantiza la irreversibilidad de una situación jurídica en sede judicial, pero no la hace intangible en sede legislativa, pues la sentencia declara un derecho *juris dictio*, pero no lo crea, ni lo dota de invulnerabilidad frente a posteriores reformas legislativas. De esa manera, no lo convierte en un derecho mejor o de mayor calidad que cualesquiera otros derechos nacidos de la misma norma.

De otro lado, con la reforma pensionaria, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley Nº 20530, a partir del 31 de diciembre de 2004 (vigencia de la Ley Nº 28449) percibirán solo un reajuste de sus pensiones siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley Nº 28449.

Finalmente, sobre este punto cabe indicar que, la reforma pensionaria acarreó una serie de beneficios para los pensionistas en general de este régimen, en particular aquellos que no gozaban del privilegio de la nivelación pensionaria, pues con ella –a partir de enero de 2005– ningún pensionista del régimen del Decreto Ley Nº 20530 percibía una pensión inferior a los S/. 415.00, es decir, en un monto similar a los pensionistas del régimen del Decreto Ley Nº 19990 (Sistema

Nacional de Pensiones). En este punto cabe recordar que antes de la reforma no existía pensión mínima en este régimen previsional.

Asimismo, la reforma pensionaria trajo como consecuencia que los incrementos en las pensiones favoreciera a 97,178 beneficiarios cuyas pensiones no eran superiores a S/. 800.00, entre otras bondades.

V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE REFORMA PENSIONARIA

Como era de esperarse, el importante e influyente sector de pensionistas que obtenía elevadas sumas de dinero como pensión de cesantía (producto de la nivelación pensionaria) y, un numerosos sector de pensionistas desinformados de lo que conllevaba la reforma constitucional, avalados algunos por instituciones privadas (Colegios de Abogados del Cusco y del Callao) plantearon la inconstitucionalidad de las Leyes Nº 28389 y Nº 28449, siendo declaradas por el Tribunal Constitucional infundadas las demandas interpuestas en los extremos que impugnaban la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional (Ley Nº 28389) y fundada en parte en cuanto algunos aspectos puntuales contenidos en la Ley Nº 28449, a través de la sentencia del 3 de junio de 2005, recaído en el Expediente acumulado Nº 050-2004-AI/TC.

Respecto a la impugnación de la constitucionalidad de la Ley de Reforma, el Tribunal Constitucional señaló en su Fundamento 116 que:

> "La reforma constitucional realizada a través de la Ley Nº 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional".

Asimismo menciona en el mismo fundamento 116 que:

> "No es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen

> alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente. En consecuencia han devenido en inejecutables".

Por otro lado, César Abanto Revilla nos recuerda que en la misma sentencia en los fundamentos 63, 64, 99 y 100 (entre otros), se estableció que la nivelación no era una condición intrínseca del Decreto Ley Nº 20530, sino que fue agregada con posterioridad, constituyendo el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen (factor de inequidad), por lo que prohibir la nivelación de pensiones con las remuneraciones no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión[2][3].

Asimismo, la nivelación con el trabajador activo constituye una herramienta de reajuste de la pensión, como así lo puede constituir, por ejemplo, la nivelación con el costo de vida, con el valor de la moneda extranjera, con el valor del precio de un metal o mineral con cotización internacional pública, o una fórmula polinómica. Así, todos ellos son mecanismos de reajuste y el reajuste mismo de la pensión no se encontraba en discusión. Por ello, refieren que lo que se ventilaba en la acción de inconstitucionalidad era si la nivelación con el trabajador activo constituía la esencia del derecho a la pensión que, como se aprecia, no constituye el único ni mucho menos contenido esencial del derecho a la pensión, pues si así fuera ese sería el patrón básico para todos los regímenes de la Seguridad Social en el Perú y en el mundo y no, como sucedía en nuestro país, que se aplicaba solo a un reducido grupo de beneficiarios del régimen previsional del Estado[4].

Por tanto, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley Nº 20530, con la entrada en vigencia de Ley de reforma constitucional y de la Ley Nº 28449, mantenían su derecho y condición de pensionistas pero sin el mecanismo de reajuste a través de la nivelación en caso

(2) ABANTO REVILLA, César: "Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, p. 34.

(3) Para realizar un mayor análisis sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión ver el artículo de Abanto Revilla, César, referido en el pie de página Nº 1 y el artículo de GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César: "Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, pp. 19-29.

(4) GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. "Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005" En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 82, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2005, pp. 28-29.

se produjera un reajuste de la remuneración del activo, sino que percibirán reajustes de sus pensiones por disposición normativa. Este es el efecto de la prohibición de la nivelación pensionaria: la pensión no puede ser reajustada a través de la nivelación pensionaria, la cual deja de tener aplicación, lo que origina en la práctica que el pensionista mantenga su pensión, en el monto que ha venido percibiendo, sujetándose a una nueva disposición normativa para su reajuste, el cual ya no opera en forma automática con la remuneración del trabajador en activo, sino que debe ajustarse a los criterios de sostenibilidad financiera(5).

VI. CONSOLIDACIÓN A NIVEL SUPRANACIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como se podrá apreciar, la finalidad de los pensionistas al impugnar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional Nº 28389, era que se continúe con la nivelación de las pensiones de cesantía con el monto de las remuneraciones que percibían los trabajadores activos, así como se mantenga la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en nuestro ordenamiento jurídico en materia pensionaria.

No obstante ello, al no verse satisfechos por no haberlo conseguido, los objetores de la reforma constitucional y legal del Régimen de Pensiones del Estado acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a fin de que esta haga suya su reclamación y plantee ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Estado peruano con su reforma constitucional había violado el derecho a la propiedad privada de los pensionistas, debiéndose evaluar las cuestiones generales sobre protección del derecho a la pensión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entre otros criterios de legalidad y proporcionalidad(6).

(5) Un importante trabajo elaborado acerca de la sostenibilidad financiera, se puede consultar a: GARCÍA GRANARA, Fernando: "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones" En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, noviembre de 2006, pp. 855-887.

(6) Un estudio exhaustivo sobre el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo realiza el autor de este artículo, quien se desempeñara como Abogado del Estado peruano en la denuncia que se formuló ante dicha Comisión. Ver: GONZALES HUNT, César. "La Reforma Constitucional y Legal del Régimen Previsional del D.L. Nº 20530. Anotaciones al Informe Nº 38/09 en el Caso 12.670 del CIDH". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 131, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 269-277.

No obstante ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el pronunciamiento del Caso 12.670 seguido por la Asociación Nacional de Ex - Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otros en contra del Perú, decidiendo sobre el fondo de las peticiones de las presuntas víctimas que venían ejerciendo su derecho a la pensión de cesantía, declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 21 de la Convención Americana, es decir, sobre el derecho a la propiedad privada en derecho pensionario.

Así la CIDH, consideró que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de Seguridad Social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y, por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. La CIDH también consideró razonable el argumento de que estas medidas (reforma constitucional) pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido, el cual es asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el Sistema de Seguridad Social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos.

Finalmente, la CIDH consideró pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivalía a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención Americana; por el contrario, las supuestas víctimas continúan ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones, sin que resulte una afectación a la esencia del derecho a la pensión. Por lo tanto, este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.

La CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana, es decir, del derecho al desarrollo progresivo de las normas sociales. Así, la CIDH consideró que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana, supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles, implicando un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. La CIDH considera aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, por lo que consideró que la reforma pensionaria no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

Por otro lado, la CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención

Americana, es decir, del derecho a la protección judicial. Así, la CIDH consideró que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo; por lo que consideró que del expediente no se desprende la existencia de una manifiesta arbitrariedad judicial, limitándose los peticionarios a cuestionar la posición jurídica adoptada por el Tribunal Constitucional peruano.

En definitiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, cerrando a nivel supranacional cualquier revisión sobre el tema de la reforma pensionaria del Régimen Previsional del Estado.

Con la consolidación a nivel supranacional de la reforma pensionaria, el Estado peruano obtiene un gran triunfo pues la contingencia económica del costo a valor presente de las obligaciones pensionarias generadas antes de esta ascendía a $ 5850 millones, no existiendo ahora pretexto alguno a fin de que se establezcan los mecanismos adecuados o necesarios a fin de implementar la carrera del servicio público o la reforma integral del empleo público. Y, en el resultado de este proceso contribuyó decididamente nuestro homenajeado.

LA EVOLUCIÓN Y DECANTAMIENTO DEL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO EN EL PERÚ Y BREVE APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DE LAS COMPENSACIONES EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL Nº 30057

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES[1]

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo y con mucho dolor por su partida me adhiero al homenaje póstumo a uno de los fundadores de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y gran maestro del Derecho del Trabajo peruano, reconocido a nivel nacional e internacional, Dr. Mario Pasco Cosmópolis, a quien tuve el honor de conocer en un evento internacional en la ciudad de Trujillo-Perú, cuando el Dr. José Montenegro Baca nos presentó hace más de tres décadas, Desde allí cultivamos una amistad sincera y pude aprender y visualizar, gracias a su entrañable carisma y a sus enjundiosas conferencias, varios matices de la especialidad y del ejercicio profesional.

La Ley Nº 30057, Ley de Servicio Civil, tiene muy variados, polémicos y significativos contenidos. Nosotros solo abordaremos en este trabajo tres aspectos: uno muy sintético sobre la evolución histórica del régimen laboral de la actividad pública y sus cercanías y lejanías con el régimen laboral de la actividad privada;

(1) Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo y de las Escuelas de Postgrado en algunas Universidades de la región norte del país.

otro también escueto referido a los principales hitos históricos en el tratamiento de las políticas remunerativas del Estado con sus servidores públicos en las últimas décadas; y, un tercer ítem referido al análisis evaluativo de algunos aspectos de la Ley del Servicio Civil Nº 30057 y su reglamento, con relación a la temática de las compensaciones y los principales beneficios sociales.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA DICOTOMÍA INTERNACIONAL SOBRE LA CONVERGENCIA/DIVERGENCIA DE LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS Y PRIVADAS Y SU ESTADO ACTUAL EN LA REALIDAD PERUANA

Con relación a la producción internacional de la OIT sobre el empleo en la Administración Pública durante el último cuartil del siglo XX y lo que va del siglo XXI han corrido ríos de tinta y se han sucedido innumerables eventos académicos y técnicos de gran trascendencia jurídica y social. La expresión cualitativa y la síntesis dialéctica de los logros del siglo anterior se manifestó en el hecho de la aprobación por la Asamblea General de la OIT del Convenio Internacional Nº 151, Sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, 1978, demostrando su gran preocupación por los problemas cruciales que afrontaba el sector; en los años subsiguientes se aprobaron otros Convenios relacionados con el servicio público, como son, el 154, 168, 171 y 173, así como variadas y múltiples recomendaciones y resoluciones que tenían que ver con reajustes estructurales, protección social, transición a la economía de mercado, atenuación del desempleo y la pobreza, etc.

En los años subsiguientes se comenzó a trabajar, entre una multiplicidad de temas, sobre las evoluciones y cambios estructurales de la remuneración en el servicio público, su composición interna, sus ajustes en función de la evolución general de la economía, su pérdida de valor frente a la del Sector Privado, ya que en algunos países en desarrollo los sueldos y salarios de la Administración Pública habían caído incluso por debajo del umbral de pobreza(2).

En ese contexto histórico, las clásicas teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el Estado y sus trabajadores que precedieron históricamente a lo acaecido en el periodo descrito se fueron decantando poco a poco, a

(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Comisión paritaria del servicio público: Informe I. Informe General*. 5ª reunión, Ginebra, 1994, 1ª ed., Ginebra, Suiza, 1993, pp. 1 a 3, 45 a 56 y 142 a 143.

la vez que se planteaba una clásica separación entre el régimen laboral público y privado. Bajo la influencia de múltiples teorías surgidas desde las canteras del derecho público y privado se llegó a sostener que ambos eran irreconciliables, "sui géneris" e irremplazables. Entonces la discusión sobre su unificación era impensable, pero luego vinieron intensas polémicas sobre la necesidad y posibilidad de su materialización, generando opciones separatistas o divergentes, unificadoras o convergentes y mixtas.

Las tesis separatistas se basaban sobre todo en las concepciones del clásico "empleador soberano", típico de las tradiciones alemana y francesa, por las cuales el trabajador era casi un súbdito del Estado al cual tenía que obedecer en silencio casi sepulcral, y del típico "empleador modelo", propio de la tradición anglo-americana, gracias a lo cual se respiraba posturas democráticas a favor de otorgar un rol más activo al trabajador en las relaciones laborales.

A la luz de las propuestas sobre servicios públicos más eficientes, calificados y céleres, bajo los enfoques de una nueva concepción y filosofía sobre gerencia pública, intentando introducir mecanismos de gobernanza gerencial orientados al mercado, incluso con técnicas de recursos humanos que antes se empleaban casi en exclusiva en el sector privado y que llevaban a propuestas de mayor poder discrecional gerencial, al uso de estándares de medición del rendimiento, ajustes en los controles sobre producción y resultados más que sobre procesos, mayor disciplina y austeridad en el uso de recursos, etc., varios países de la OCDE han intentado dejar de lado las concepciones clásicas divergentes de "empleador soberano" y "empleador modelo" y eliminar las diferencias entre el Sector Público y Privado, a consecuencia de lo cual generaron grandes expectativas sobre un doble proceso de convergencia: entre el Sector Privado y Público dentro de un país y en el Sector Público entre diferentes países[3].

Hace veinte años Treu señalaba que en las décadas de los sesenta y setenta, parecía estar confirmada a grandes rasgos la tendencia predominante de convergencia entre los sectores público y privado; sin embargo, reconociendo dicha tendencia, insistía que desde esas épocas la función pública continuaba revaluando en la mayor parte de los casos tendencias importantes en comparación con el Sector Privado, dentro de las que destacaban: a) El servicio público revelaba mayor variedad de métodos para determinar las condiciones de empleo, incluso en los países donde la negociación colectiva era el método predominante; b) La

(3) BORDOGNA, Lorenzo. "Relaciones laborales del servicio público en Europa". Diversas reformas inspiradas en la nueva gestión pública. En: *Relaciones laborales en el mundo*. Libro homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, Grijley, Lima, 2008, pp. 221 a 230.

reglamentación legal de los distintos aspectos de estos métodos era más detallada que las reglamentaciones del Sector Privado; y, c) Los ámbitos de la negociación colectiva y otros métodos de determinación paritaria seguían funcionando mucho más circunscritos que en el sector privado, principalmente en las áreas vitales como son los salarios. Por otro lado, más específicamente, el mismo autor, luego de realizar un estudio comparativo de siete países de economía de mercado (Alemania Federal, Francia, Italia, Japón, Suecia, Reino Unido y EE.UU.), señalaba, entre otras, como algunas tendencias fundamentales de las relaciones profesionales en la función pública de dichos países las siguientes: a) Estabilización del empleo en la función pública, mas no declinación; b) Aumento del poder relativo de los sindicatos del servicio público en el movimiento laboral en general, con amenazas de fragmentación interna; y, c) Aparición de conflictos en áreas vitales de la función pública, particularmente como reacción a las políticas de ingreso y las restricciones salariales(4).

Las ideas de la convergencia, según anota Bordogna, se basaban principalmente en la idea de que el ideario de una nueva gestión pública eliminaba las diferencias y cuestionaba los enfoques de "empleador soberano" y "empleador modelo" al asignársele explícitamente un rol único al Estado empleador, al erosionarse sus prerrogativas especiales de su estatus laboral se esperaba un cambio de la regulación unilateral a la regulación conjunta de la contratación, sobre todo en la negociación colectiva para determinar los nuevos términos y las condiciones de trabajo; el cambio de modelo significó para el Estado empleador aceptar la existencia del contrato privado y la intervención sindical en la forja de mejores condiciones de trabajo, así como aceptar por los actores de la nueva relación contractual una mayor capacidad de respuesta a las cambiantes condiciones del mercado laboral, avizorándose una fuerte descentralización de la estructura de la negociación colectiva y la pérdida de importancia de la antigüedad y trayectorias profesionales para dar paso a la revaloración del mérito y rendimiento de los empleados individuales(5).

Sin embargo, más recientemente, Bordogna y otros autores, a la vez que informan que para algunos teóricos el empleador del Sector Público es básicamente una institución intrínsecamente política, con lógicas de acción diferentes al del empleador del Sector Privado, manifiestan que son excépticos respecto de lo que denominan "inocentes expectativas de un proceso mundial de convergencia", así

(4) TREU, Tiziano y varios. *Relaciones de trabajo en la Administración Pública. Tendencias y perspectivas*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1993, p. 39 y ss.

(5) BORDOGNA, Lorenzo. Ob. cit., pp. 221 a 224.

como críticos de las debilidades teóricas de este enfoque, ya que estiman no hay una tendencia en dicho sentido, sino una variedad de reformas del Sector Público con diversos grados de intensidad y con diversos efectos en la implementación de la filosofía de la nueva gerencia pública, dependiendo de las características institucionales de la administración pública en un país o en un conjunto de ellos. De ese modo, de su observación de las experiencias ocurridas en algunos países europeos en las dos últimas décadas, concluye que el expectante proceso de convergencia no ocurrió, o en todo caso se manifestó en grados leves; a pesar de las tendencias comunes, para él Europa sigue siendo "un mosaico de diversidades", incluso en las relaciones laborales del sector público: sigue la divergencia sobre el status legal especial de los empleados públicos en contraposición a los privados, dicho estatus especial ha sobrevivido en muchos países asociado a la limitación y hasta exclusión del derecho de negociación colectiva que se muestra bastante débil en temas cruciales como son los salariales, incluso se dan en algunos países situaciones ciertamente eclécticas donde funcionan instituciones revisoras del salario que propiamente no constituyen ni regulación unilateral ni negociación colectiva. En suma, sostiene que no existe un proceso mundial de convergencia, que las relaciones del servicio público siguen ancladas en las tradiciones culturales, legales y administrativas que dificultan cualquier proceso convergente, por lo menos en el corto y mediano plazo(6).

En el caso del Perú, las posiciones frente a las tesis divergentes, convergentes o mixtas de los regímenes laborales clásicos, se han dado en el contexto de la lucha teórica sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. El debate doctrinario ha sido intenso: de las teorías privatísticas se pasó a las teorías publicistas, y de allí a las categorías laborales. Como muestra, haremos referencia solo a algunos autores.

Ruiz Eldredge, después de estudiar las teorías existentes hasta esa época sobre la naturaleza jurídica de la relación Estado-agente (**Teorías privatistas**: del mandato, locación de servicios, contrato innominado de Derecho Civil; **Teorías publicistas**: política, estatutaria, contrato de derecho público, acto bilateral; y, **Teoría mixta**), asumiendo claramente las posiciones de Cabanellas, De Ferrari, Caldera y otros respecto de que la prestación de servicios es independiente de los fines del empleador o sus empresas, opta claramente por la relación de trabajo (personal, subordinada y remunerada), porque el Estado es un empleador y el empleado público es un trabajador subordinado(7).

(6) Ibídem, pp. 222 y 225 a 228.

(7) RUIZ ELDREDGE, Alberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Temática esencial. Cultural Cuzco, Editores, Lima, 1990, pp. 139 a 156.

De lo trabajado por el autor precitado en relación a las teorías, pensamos que son de destacar las siguientes ideas: La relación jurídica-funcionarial era considerada al principio como un contrato traslativo con efectos reales a favor del beneficiario, o un contrato de mandato para los funcionarios y de locación de servicios para los empleados comunes. A continuación se comenzó a privilegiar la teoría política y el cuidado del interés público con un funcionario con real vocación de servicio. Luego, Jellinek y una pléyade de grandes autores desarrollaron la teoría del contrato de Derecho Público, que consideraba el contrato como un acto bilateral con preeminencia del Estado. Dentro de las teorías contractualistas destacó la propuesta de Rafael Bielsa como contrato administrativo de adhesión, pero este último estaba de algún modo emparentado con las teorías publicistas, pero con la diferencia de que en el contrato de derecho público la preminencia del Estado es absoluta y sin limitaciones, mientras que en el contrato administrativo la preeminencia queda condicionada al pliego de condiciones contractuales, ya que no existe incompatibilidad en la desigualdad de las partes para la contratación, siempre que se protejan equilibradamente los intereses en juego. Luego vino la teoría del contrato de trabajo, que como ya se dijo es defendida también por Ruiz Eldredge(8).

Bacacorzo dedica un capítulo al estudio del trabajador público en actividad, comenta las corrientes privatista, publicista y ecléctica, tomando partido por la teoría estatutaria(9).

Guerra está de acuerdo en parte con Ruiz Eldredge, ya que considera que en el servicio del Estado hay algunos agentes y actividades que ameritan una reubicación en el ámbito jurídico, por lo que "todo el personal que esté en relaciones indirectas con el ejercicio del *jus imperium* y que realicen meras labores de gestión deben subordinarse en relaciones jurídico-laborales". Empero, deslinda señalando que no cree la teoría del contrato de trabajo satisfaga la explicación de la naturaleza de la relación jurídica funcionarial, defiende más bien la teoría administrativista estatutaria, sin dejar de reconocer que se pugna por un acercamiento vacilante a las categorías laborales(10).

Para Neves existen tres fases en la evolución o configuración de los regímenes laborales privado y público: en la primera, donde se ubica claramente la

(8) Ibídem, p. 154 y ss.

(9) BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo del Perú*. Tomo I, Editorial Cuzco, Lima, 1992, pp. 473 a 480.

(10) GUERRA CRUZ, Guillermo. *"Función pública". El personal al servicio del Estado*. UPAO, Trujillo, 1994, pp. 29 a 40.

Ley Nº 11377, se consideró relación laboral a la que se establecía en la actividad privada y la relación de empleo público fue asignada al Derecho Administrativo (tesis unilateralista donde aparece más ventajosa la regulación de los aspectos individuales –estabilidad laboral– y perjudicial en los aspectos colectivos por expresa prohibición de derechos en este campo); en la segunda, a partir de la Constitución de 1979 y el D.L. Nº 276, se asume la tesis contractualista del empleo público, donde en esencia mejora en parte el tratamiento individual de la relación al aparecer la estabilidad laboral para los trabajadores privados y los derechos colectivos, con múltiples limitaciones, para los empleados públicos: y, la tercera fase, materializada en la Constitución de 1993 (tercera disposición final y transitoria), donde se extendió la regulación laboral del Sector Privado primero a los trabajadores de las empresas del Estado y después a los propios poderes del Estado y organismos autónomos. De todos modos, dicho autor muestra su preocupación por los problemas que podría acarrear la privatización del empleo público y aboga porque dicha institución no desaparezca(11).

Balbín Torres, con un enfoque sociológico-jurídico destaca en su obra que la evolución de la noción de Estado liberal a Estado social y democrático fue el contexto en el cual evolucionó la relación de trabajo de los empleados públicos(12), siendo de destacar a mi juicio las siguientes ideas fuerza: a) La tesis unilateralista y autoritaria de la relación de empleo público tiene raíces históricas precedentes a la regulación autónoma del contrato de trabajo, de allí que el Derecho Administrativo insufló dicha relación jurídica de acuerdo a sus concepciones liberales; b) El cambio de modelo del Estado liberal al Estado social propició la interactuación del derecho laboral y el constitucionalismo social, imponiendo la tesis del intervencionismo estatal y la revaloración de los derechos fundamentales, que luego desembocó en la apertura de las reflexiones hacia la existencia de un contrato especial de trabajo; c) La tesis estatutaria se basó en dos postulados fundamentales: la unidad de la organización administrativa y la "sacralización" de la "función administrativa" y las denominadas rigidez externa (ingreso por méritos y extinción del contrato solo por causas objetivas, lo que conformó un plus de protección que de alguna manera armonizó con los derechos fundamentales), y rigidez interna (primacía de la voluntad unilateral del Estado en la constitución

(11) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997, pp. 46 a 48.

(12) BALBÍN TORRES, Edgardo. *Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública*. 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 14 a 16 y 219 a 222. Se puede ver también PUNTRIANO ROSAS, César. "El régimen de contratación administrativa de servicios: de la rigidez del unilateralismo a la deslaboralización". En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº 9, Lima, 2010, pp. 95 a 110.

de la relación empleaticia y en la determinación de su contenido exclusivamente por ley o reglamento, que derivó en la proscripción de los derechos colectivos); d) Muchos Estados han abandonado la tesis unilateralista por la tesis contractualista, considerándola en igualdad de condiciones con la relación empleaticia del régimen privado, sin perjuicio de reconocer sus propias particularidades que instan a regularlo como un contrato especial; y, e) El Perú y otros países de América han recibido mucha influencia de los sistemas estatutarios de raíz europea continental, sobre todo del modelo francés y español, a diferencia del Derecho Administrativo anglosajón que prefirió los sistemas abiertos con receptividad a la negociación colectiva, esto llevó a que el unilateralismo estatal se convierta en el centro y eje de articulación de las relaciones laborales de empleo público en los sistemas cerrados, resultando renuentes o poco receptivos al pluralismo normativo de raíz anglosajona.

Zegarra Valdivia, desde otra perspectiva, también ha realizado un amplio estudio sobre la configuración histórica y la teoría del servicio público, contextualizándolo con el servicio público francés, español y comunitario en general para terminar analizando el servicio público en el sistema jurídico peruano y su variada problemática. Interpretando y asimilando parte de sus desarrollos teóricos podemos colegir preliminarmente lo siguiente: a) La crisis de la noción clásica del servicio público se debe además de las causas exógenas (entre otras, la influencia del Derecho del Trabajo en la configuración de las tesis laboralizantes), a causas endógenas concomitantes, producidas como consecuencia de la aparición y cada vez más desarrollo de servicios públicos parcial o íntegramente sujetos al derecho privado, con lo que se quebró el pilar estructural que la doctrina había construido: la equiparación entre servicio público y régimen de Derecho Público; b) Con relación a la aplicación de un régimen de Derecho Público o de Derecho Privado a los servicios públicos, habría que seguir retrabajando el tema por su complejidad y evaluar si en definitiva se puede o no reconocer dos tendencias: una que consagre un régimen de servicios públicos de gestión pública, en el cual se aplique el Derecho Administrativo y los institutos del Derecho del Trabajo relacionados con el régimen de contratación laboral y sus consecuencias jurídicas, así como un régimen de servicios públicos de gestión privada donde se aplique el Derecho del Trabajo sin cortapisas; c) La doctrina, legislación y jurisprudencia peruana no han sido claras en aportar un concepto técnico jurídico estricto del servicio público y han tenido planteamientos teóricos demasiado genéricos, como ocurrió en el caso de los aportes sobre esta temática al Derecho Administrativo con los desarrollos contenidos en las obras de Bacacorzo, Patrón Faura, Patrón Bedoya y otros autores; d) A pesar de las influencias francesa y española en nuestro Derecho Administrativo en estos grandes temas, en el Perú no se

produjo una "crisis de la noción del servicio público" porque, entre otras causas, no estaba bien delimitado el criterio de la jurisdicción, que en lo contencioso-administrativo es de reciente data en el Perú; y, e) A pesar de lo dicho, entre nosotros el régimen jurídico del servicio público, en cada actividad considerada como tal, tiene marcos jurídicos parcelarios, fraccionados, como producto o respuesta a necesidades regulatorias urgentes o a conflictos sociales y/o jurídicos presentados en cada realidad concreta(13).

Por su parte, Quintana y Rodríguez, al concluir uno de sus trabajos se preguntan en la conclusión: ¿hacia un régimen unitario en el servicio público? En vía de respuesta hacen referencia a las amarguras y problemas comparativos que genera la división de entes públicos de funcionarios y trabajadores con distintos regímenes jurídicos y señalan que las tesis equiparacionistas consolidan el empleo público capaz de modernizar la gestión de los recursos humanos en la perspectiva de diseñar una relación laboral especial, una de cuyas consecuencias sería la socialización judicial de las relaciones laborales en la función pública y la atracción hacia el orden jurisdiccional de las controversias individuales y colectivas entre la administración y sus servidores, superando la duplicidad existente(14).

Morales Corrales sostiene respecto del régimen laboral público que: "Hoy podría decirse que más son los organismos públicos en general cuyos servidores han sido incorporados por ley expresa al régimen laboral de la actividad privada, que aquellos que continúan comprendidos en la carrera administrativa". Al analizar las causas de la migración de uno a otro régimen sostiene que fundamentalmente se debió a la flexibilidad normativa que desde los años noventa disponían que frente a un despido injustificado, la única reparación era el pago de una indemnización, mientras que en el Sector Público gozaban de estabilidad absoluta y no podían ser despedidos sin que previamente se haya acreditado la falta grave en sede administrativa. A su juicio, esta flexibilidad en el despido, fue el motivo que jamás debió tenerse en cuenta para la migración al régimen privado y que en todo caso debió primar el motivo, con visión futurista, de una incorporación paulatina a un régimen laboral único que omitiese la calificación de privado, debiendo regularse en capítulos especiales un tratamiento

(13) ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. 1ª ed., Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, pp. 71 a 102 y 304a 351.

(14) QUINTANA LÓPEZ, Tomás y RODRÍGUEZ ESCANCIANO. "El empleo público: función pública y contratación laboral". En: OBRA COLECTIVA. *Temas actuales de Derecho Administrativo*. Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2006, pp. 155 a 185.

singular de aquellos aspectos propios que surgen como consecuencia de estar frente al Estado empleador(15).

Pasco Cosmópolis, luego de diferenciar algunos matices entre los regímenes laborales privado y público, sostiene que con la concepción estatutaria clásica el servidor público tenía menores derechos abstractos y mayores derechos concretos que el trabajador común: no tenía libertad de contratación debido a la exacerbada potestad unilateral del empleador, pero sí tenía grandes privilegios en materia de estabilidad laboral, jubilación y otros beneficios frente al trabajador privado. Hoy la situación es diametralmente diferente: el Estado ha cedido parte de sus prerrogativas unilaterales y el servidor ha perdido muchos o casi todos sus privilegios, aparte de que se ha materializado una notoria aproximación entre ambos regímenes que lleva a preguntarse si realmente existe un factor de diferenciación o se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno. Concluye afirmando el autor comentado que cada vez el derecho laboral penetra más profundamente en la relación de trabajo público, se trata de una "laboralización de la función pública" porque en realidad no existen diferencias esenciales entre ambos tipos de prestación, estas se dan más en la periferia que en el núcleo de la relación. Por último, estima con mucha claridad, que al menos coexisten dos formas de Derecho Laboral, la que regula las relaciones de tipo privado y la que regula las relaciones entre el Estado y sus servidores(16).

Nuestro punto de vista frente a las teorías desarrolladas lo resumimos de este modo: las tesis convergentes y divergentes no están bien planteadas, aunque históricamente tienen inmenso valor y han sido un gran aporte a la teoría del derecho. La existencia del contrato de trabajo en el servicio público, ya innegable a estas alturas, no significa una victoria de las tesis convergentes sino una evolución dialéctica de nuestras percepciones, pero ello no puede llevarnos al error de desconocer la situación "sui géneris" y con el carácter de especialísima de la relación de empleo público.

Por otro lado, todo esto pone en tela de juicio nuestra clasificación de los regímenes laborales, porque sucede que al interior de un régimen surgen otros regímenes. Por ejemplo, en el régimen laboral privado hay regímenes especiales de trabajo, al igual que en el régimen laboral público, donde se habla de carreras especiales. Urge una revisión teórica sobre el particular.

(15) MORALES CORRALES, Pedro. "Los servicios no personales y el empleo público". En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº 9, Lima, 2010, pp. 61 a 62.

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 113 a 120.

III. EL TRATAMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DURANTE EL GOBIERNO DE HUMALA TASSO

En los documentos de trabajo preparados por el Servir se habla de cuatro reformas del servicio civil en el Perú (en realidad se refieren a los últimos decenios), considerando como la cuarta a la de 2008 hasta la fecha, es decir, al parecer se intenta hacer una sola secuencia y unidad entre los D.L. Nºs 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057 y la implementación previa de la Ley del Servicio Civil. Humala ha continuado con la reforma salarial de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, luego siguió con la Ley del Servicio Civil y en setiembre de 2013 avanzó más promulgando el D.L. Nº 1153, de 11/09/2013, denominado Política Integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al Servicio del Estado, abrumado y apurado con la larga huelga sostenida por los médicos que exigían el cumplimiento de las actas de compromiso suscritas con las autoridades del Ministerio de Salud. Si bien es cierto estas normas necesitan un tratamiento más reflexivo, inquisidor y comparativo; también lo es que tienen varias contradicciones y desencuentros comparativos que traslucen soluciones de coyuntura y respuestas algo más que coyunturales a las demandas de las masas laborantes.

1. Principales manifestaciones sectoriales en la legislación y jurisprudencia

A nuestro modo de ver, hay tres hitos importantes en la legislación emitida en lo que va del actual periodo gubernamental: a) Los D.L. Nº 1132 (reglamentado por el D.S. Nº 013-2013-EF) y Nº 1133, publicados el 09/12/2012, referidos a la reforma remunerativa y de pensiones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y nuevos modelos salarial y pensionario para los policías; b) La Ley del Servicio Civil Nº 30057 y sus reglamentos; y, c) D.L. Nº 1153, de 11/09/2013, sobre política integral de compensaciones y entregas económicas del personal de la salud al servicio del Estado.

Ampliando lo dicho en la última parte del numeral 3 precedente, debemos recalcar que desde el punto de vista remunerativo se aprecian más avances, cierto que no claros del todo en cuanto a qué es lo que se pretende en el tratamiento de las remuneraciones de los policías y los médicos. En el caso del personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales se ha regulado sobre la remuneración consolidada, bonificaciones y beneficios, y en el caso del personal de la salud, ya más en armonía con la Ley Nº 30057, se desarrolla también las compensaciones (principal, ajustada y priorizada), pero ya con énfasis en las diversas clases de bonificaciones, tal como se ha hecho con las fuerzas armadas, y en la valorización priorizada.

Otro hito que queremos resaltar en este periodo, de carácter no gubernamental, es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 11/09/2012, Exp. Nº 03919-2010-PC/TC-LAMBAYEQUE, donde se ha declarado fundada la demanda sobre homologación de los Jueces Superiores, Especializados o Mixtos y de Paz Letrados, disponiendo se les pague el 90 %, 80 % y 70 % de los ingresos totales de los Jueces Supremos. Claro que este caso ha sido resuelto de conformidad con la legislación vigente y no actualizada de la época en que se sucedieron los hechos, pero de hecho es otro detonante que demuestra la falta de racionalidad y equidad en los sistemas remunerativos públicos nacionales. Sin embargo, el Congreso aprobó la Ley Nº 30125, del 12/12/2013, donde se modificó parte del artículo 186 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ha dispuesto que los jueces superiores y de los escalones siguientes percibirán solo el 80 %, 62 % y 40 %, respectivamente, estableciéndose tres tramos para llegar a dicho porcentaje y que los bonos por función jurisdiccional y gastos operativos no tenían carácter remunerativo; el D.S. Nº 314-2013-EF, prescribió cuál era el monto de las remuneraciones básicas, el bono jurisdiccional y gastos operativos. A contracorriente, el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, realizado en Lima en mayo de 2014, acordó que los bonos por función jurisdiccional y función fiscal tienen naturaleza remunerativa y pensionable, por lo que son computables para el cálculo de la CTS y las pensiones de los jueces.

2. Breves reflexiones sobre la temática contraprestativa en la Ley de Servicio Civil

2.1. Antecedentes

Con una visión multidisciplinaria y hasta dramática, los equipos de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con los del Servir, han hecho un estudio esclarecedor sobre los antecedentes y los desafíos para la reforma[17], de manera que vamos a ordenar, sintetizar y casi a trascribir algunas ideas que consideramos fundamentales:

a) El análisis del servicio civil peruano en cifras entre los años 2010-2011 arroja los siguientes principales resultados: i.- Hay 1´329,000 servidores públicos y estos constituyen en 8,9 % de la PEA; ii.-Los varones representan el 57 % y las mujeres el 43 %, de todos ellos el 27 % frisa entre los 30 y 40 años, el 32 % tiene entre 40 y 50 años y el 18 % tiene entre 50 y 60 años (dato importante para el Derecho de

(17) Documento virtual colgado en la página web de Servir (<www.gob.pe>): *El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*, mayo de 2012.

la Seguridad Social); la edad promedio del conjunto de servidores públicos es de 41 años; iii.- Del total enunciado pertenecen al régimen del D.L. Nº 276 el 16 %, al D.L. Nº 728 el 7 %, al CAS el 17 %, a las carreras especiales el 59, 11 %, y a otros el 1 %; iv.- Si tomamos de manera específica solo a los servidores de las carreras especiales y los convertimos en el 100 % del área, tenemos que pertenecen a Educación el 57 %,a las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales el 26 %, a Salud el 15 %, y a la Magistratura y la Diplomacia el 2 %; v.- Sin considerar las carreras especiales, los servidores públicos son cerca de 560,000, ubicados en el gobierno central, gobiernos regionales y locales, de ellos el 44 % está en el CAS, el 40 % en el D.L. Nº 276 y el 16 % en el D.L. Nº 728

b) Se señala en el Resumen Ejecutivo del documento que en la actualidad existen quince regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, que conllevan un desorden en la Administración Pública porque implican diferentes deberes y derechos para los servidores públicos. Los regímenes generales son tres: D.L. Nºs 276, 728 y 1057. Los regímenes especiales según Servir son doce: profesionales de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de salud, magisterio nacional, docencia universitaria, diplomáticos, Poder Judicial, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, penitenciario, Ministerio Público, sin carrera con vínculo laboral y sin carrera con vínculo civil.

c) Existen más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas en 82 actividades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago de los servidores públicos y más de 198 conceptos de pago entre remunerativos y no remunerativos.

Frente a este complejo panorama, era justo, necesario, oportuno y urgente que se dicte una nueva Ley del Servicio Civil, en sustitución del D.L. Nº 276 que ya pasó las tres décadas de vigencia.

2.2. Breves reflexiones sobre los aspectos contraprestativos

i) La reforma propuesta, al margen de cualquier discrepancia técnica o ideológica con sus mentores, es de gran envergadura y relevancia nacional. El último intento serio, orgánico y trascendente de reforma (fracasada) del servicio público ocurrió con el D.L. Nº 276, en 1982.

La contenida en la Ley Nº 30057, siempre y cuando se sometan a prolija revisión muchos de sus puntos neurálgicos, puede ser otro de los grandes hitos reformadores en ese campo si es que realmente llega a funcionar. Han pasado más de treinta años para que un gobierno intente tomar las cosas en serio y con valentía, ello es de gran mérito en un país tan fraccionado como el nuestro.

ii) Uno de los puntos ardorosamente combatidos y donde se advierten claras inconstitucionalidades es el de la negociación colectiva y los derechos colectivos en general (arts. 40 a 45), sobre todo en los acápites donde se indica que ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos, que los trabajadores pueden solicitar mejoras en sus compensaciones no económicas o de condiciones de trabajo o de empleo, por ejemplo, que les mejoren los uniformes o les pinten los ambientes, que la huelga solo se puede ejercer después de agotados los mecanismos de negociación o mediación, etc., etc., Este tema es delicadísimo y altamente polémico, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha "resuelto" en forma desacertada que en este extremo no hay violación constitucional, con tres votos a favor y tres votos en contra que le quitan toda legitimidad a la primera sentencia emitida sobre diversas acciones de inconstitucionalidad de la referida ley cuya solución sigue pendiente.

iii) En la Ley del Servicio Civil, Nº 30057, cap. IV, arts. 28 al 34, se regula las compensaciones, entendiendo por tales al conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor para retribuir la prestación de sus servicios. Dicha compensación se divide en dos partes: económica (en dinero, por la actividad realizada en un puesto), y no económica (constituida por los beneficios otorgados para motivar y elevar la competitividad del servidor y que no es de su libre disposición). La compensación económica está compuesta por las valorizaciones principal (componente económico directo de la familia de puestos), ajustada (que se otorga al puesto según la entidad y en función de criterios de jerarquía, responsabilidad, presupuesto y personal a cargo y alcance de sus decisiones, se podría decir, guardando las distancias, que es algo similar al bono-*ranking* del régimen privado), vacaciones y aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad, y priorizada (responde a situaciones atípicas en el desempeño del puesto, como son accesibilidad geográfica, altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero. Esta

última no constituye remuneración y no está sujeta a cargas sociales de seguridad social en salud, pensiones e impuesto a la renta).

iv) Parece ser que la intención de los gobernantes es establecer un sistema único de remuneraciones principales (que en realidad van a pasar a ser las básicas) y las ajustadas (por eso es que en el art. 31.3 se precisa que las bandas remunerativas de puestos consideran únicamente la valorización principal y la ajustada); pero no piensa extenderlo a la valorización priorizada, pero, claro, entendida por nosotros como familia de puestos en aplicación de la regla de consistencia intergubernamental. Para las carreras especiales ya se están implementando otros sistemas, tal como ha ocurrido con las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y muy recientemente con los profesionales de la salud, conforme se detalló *supra*, que convergen y divergen del de los servidores civiles de carrera. Este es un punto neurálgico del sistema si tenemos en cuenta que la Ley Nº 30057 tendrá que aplicarse supletoriamente, o por lo menos servir de orientación y norte a las demás carreras.

v) La locución "compensación" resulta confusa, porque la Constitución menciona y distingue la remuneración y los beneficios sociales. Dentro de las varias teorías que existen sobre el particular nosotros somos partidarios de la teoría que considera una relación de interferencia entre la remuneración (y los conceptos no remunerativos) y los beneficios sociales: hay remuneraciones que son beneficios sociales y hay beneficios sociales que no son remuneración. A nuestro modo de ver, cuando el artículoo 28 de la LSC toca el tema de las compensaciones está tergiversando la Constitución y las instituciones básicas de la contraprestación. Si es que se quiere usar la locución "compensación" solo para distanciarse del régimen laboral privado donde su uso es clásico e inveterado, me parece un simple subterfugio, similar a la frase separatista de "subvención" que se utiliza en la Ley de Modalidades Formativas Laborales.

vi) Fuera del tratamiento de los temas precitados, así como las modificaciones a la compensación por tiempo de servicios, técnicamente, en materia de compensaciones, la LSC y su reglamento general, D.S. Nº 040-2014-PCM, de 11/06/2014, no dan mayores luces ni respuestas, y no podía ser de otra manera porque técnicamente, desde el punto de vista de la teoría y práctica del manejo de recursos

humanos, no es posible hablar de escalas salariales ni de bandas remunerativas si es que primero no se implementan las escalas y las familias de puestos, es decir, tiene que haber todo un desarrollo del sistema administrativo de gestión de recursos, cuyos procesos de planificación de políticas, organización del trabajo a través del diseño y administración de puestos, gestión del empleo y del rendimiento, preceden a la gestión de las compensaciones, lo cual va a demandar un largo periodo de implementación de esta primera etapa.

Algunas conclusiones preliminares

Primera.- Los regímenes laborales público y privado no son irreconciliables, pero tampoco pueden ser indiferenciados ni pasibles de fusión a estas alturas del desarrollo de las ciencias jurídicas en general y del Derecho del Trabajo en particular. Hay que relativizar la polémica sobre la convergencia y la divergencia de los dos regímenes, no hay tal, lo que hay es un paralelismo, una bipolaridad y mutuas retroalimentaciones entre ambos.

Segunda.- La polémica entre las tesis unilateralista y contractualista de la relación de empleo público no ha resultado del todo halagüeña ni debidamente abordada, quizá por dichas razones ha llevado a la doctrina jus-laboral a situaciones de intolerancia mutua. El reconocimiento de la relación laboral en el sector público es a estas alturas innegable, pero ello de ningún modo significa que el régimen laboral público va a ser absorbido por el régimen laboral privado. Cada uno tiene su propia personería y sus particularidades intransferibles.

Tercera.- Los mentores de la LSC y su reglamento general parecen no tener aún del todo claro la forma y modo en que funcionarán los diversos componentes de la llamada compensación económica y no económica, sobre esto aún hay muchas sombras y pocas luces, por lo que urgen definiciones para que poco a poco también se intente resolver la caótica situación y las inequidades e injusticias que se presentan en las llamadas carreras especiales.

PRINCIPIOS ORIENTADORES PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ[1]

Agradezco altamente a los organizadores este libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis haber permitido participar en el mismo. De todos los colegas que deambulamos por el mundo académico laboral iberoamericano Mario el mejor de los compañeros. En todos los congresos su figura destacaba y no solo por su corpulencia. Era el mejor orador, porque además de profundo, era ameno e histriónico. Era el más entretenido, de brillante, oportuna y variada conversación. Sus chistes eran los más divertidos. Era el que mejor bailaba y el que mejor cantaba. Cuando en el marco del congreso había que organizar alguna actividad extraacadémica, siempre lo hacía de manera impecable. Como Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social fue muy activo y organizó eventos y publicaciones estupendas. Cuando me tocó ejercer, primero la Secretaría General y ahora la Presidencia de la Academia, tuve en Mario un eficiente y generoso consejero, siempre dispuesto a colaborar.

Ahora cuando en esos meses después de su fallecimiento me ha tocado ir a eventos internacionales de nuestra disciplina, el vacío de su ausencia ha sido tan notable como lo era su amena presencia.

Honremos su memoria.

(1) Profesor en Derecho del Trabajo, Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y del instituto Venezolano de Derecho Social. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de irretroactividad de las leyes, establecido en algunos países en las normas generales de los Códigos Civiles, es concebido en Venezuela como una garantía constitucional. . En Venezuela el artículo 24 de la Constitución Nacional vigente, dice:

> "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los proceso que se hallaren en curso, pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron".

Tal principio encuentra también expresión en el Código Civil Venezolano que establece:

> "Artículo 1ro: La Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique". "Artículo 3: La Ley no tiene efecto retroactivo".

La irretroactividad de las leyes es norma de ancestro en la doctrina constitucional de Venezuela y de algunos otros países, siendo de señalar que en la mayor parte de las legislaciones tal norma no tiene rango constitucional, sino que está consagrada por leyes ordinarias, frecuentemente por los códigos civiles, que generalmente admiten que en forma excepcional y sin necesidad de reformar la Constitución, pueda el legislador otorgar carácter retroactivo a una ley. En Venezuela, en cambio, dada la jerarquía constitucional que ha tomado al referido principio, ninguna ley, salvo las excepciones establecidas en materia penal, puede ser dotada de efectos retroactivos(2).

La naturaleza especialmente dinámica del Derecho del Trabajo, al producir la frecuente modificación de una normativa que se aplica a relaciones laborales cuyo cumplimiento se prolonga en el tiempo, ha dado lugar a que se planteen difíciles problemas de interpretación en cuanto a la determinación de la eficacia temporal de las distintas normas que han regido la materia.

(2) Esta peculiar connotación de la irretroactividad de las leyes en el Derecho Constitucional venezolano es objeto de interesante comentario por parte de OROPEZA, Ambrosio. *La nueva Constitución venezolana de 1961*. Caracas, 1969, p. 232 y ss., quien recoge las discusiones plateadas por los constituyentes de ese año con relación a la misma.

Para formular algunos criterios de orientación para la solución de dichas dificultades, debemos hacer una consideración general sobre la cuestión de la irretroactividad de la Ley, la cual, sin eufemismo, ha sido considerada como la más difícil de la ciencia del derecho(3). Tal cuestión gira en torno al principio de que las leyes rigen desde la fecha de su promulgación o desde la fecha posterior que ellas mismas indicaren, no pudiendo ser aplicables en forma retroactiva.

De sencillez solo aparente, el principio de irretroactividad de las leyes y, en general, el problema de la aplicación de las mismas en el tiempo, entraña una serie de dificultades cuyo estudio y solución son objeto de una especial disciplina jurídica que se ha denominado Derecho Intertemporal o derecho Transitorio. Joaquín Sánchez Covisa, autor de un importante trabajo que sobre este problema, hace el planteamiento teórico del mismo en términos tan claros que preferimos reproducirlos textualmente, aún a riesgo de hacernos largos. Dice el mencionado autor: "los supuestos de hechos S de cualquier norma de derecho pueden considerarse siempre constituidos en un instante temporal preciso y, por lo tanto, se realizan siempre bajo la vigencia de una sola ley, en tanto que las consecuencias jurídicas C pueden realizarse en un instante preciso o en un determinado transcurso del tiempo y, por tanto, pueden tener lugar bajo la vigencia de dos o más leyes sucesivas. Un supuesto de hecho puede constar de un solo hecho material instantáneo –como el de la mayoría de edad, que se realiza en el momento preciso de cumplir los veintiún año– o de una sucesión de hechos materiales como puede ser un contrato en el cual es imaginable la existencia de una oferta, discusión y aceptación sucesivas o como sucede necesariamente en la usucapión, que exige una posesión continuada en el tiempo. Pero en este último caso a pesar de que el supuesto de hecho tiene una aparente prolongación en el tiempo solo se realiza verdaderamente en el momento preciso en que se consuma su último elemento constitutivo que es, en el contrato, el de la perfección, y en la usucapión el de la terminación del plazo". "Por el contrario, la consecuencia jurídica C de un supuesto de hecho, es decir, los efectos de un hecho o acto jurídico cualquiera, pueden tener lugar en un instante preciso, como por ejemplo la transmisión de la propiedad subsiguiente a un contrato que tiene lugar en el mismo instante de su perfección, o pueden tener lugar en un lapso más o menos prolongado, como los derechos y obligaciones que se derivan del arrendamiento, del contrato de trabajo, del matrimonio o de la filiación"(4).

(3) MERLÍN. Citado por Joaquín Sánchez Covisa (la Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano), Obras Jurídicas del autor editadas por la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 219.

(4) SÁNCHEZ COVISA, Joaquín. Ob. cit., p. 222 y ss.

Trasladando las anteriores consideraciones a la materia que nos ocupa, podemos determinar que la instauración de una relación de trabajo entre un patrono y un obrero determinado, es un supuesto de hecho que se realiza en un momento preciso, referible a una ley vigente determinada, pero que da lugar a consecuencias jurídicas que se producen a lo largo del transcurso del tiempo de duración de es relación laboral, razón por la cual pudieran ser referidas a las diversas leyes que fuesen promulgadas durante ese lapso. El problema de la aplicación temporal de las leyes implica la determinación del cuál instrumento normativo debe regir la producción de un supuesto de hecho y cuál la producción de las consecuencias jurídicas que, en forma instantánea o sucesiva, se derivan del mismo. Así, si pensamos en una hipotética relación de trabajo iniciada bajo la vigencia de una legislación hoy derogada y continuada hasta nuestros días, nos encontramos que el nacimiento de dicha relación se produjo bajo la vigencia formal de aquella legislación, pero que sus consecuencias se han producido bajo la vigencia de varias regulaciones jurídicas que se fueron sucediendo en el tiempo. Determinar la respectiva aplicabilidad de esas regulaciones a dicha relación laboral y a las consecuencias jurídicas que de ella se han derivado sucesivamente a lo largo de los años, no lleva al quid del problema de la aplicación temporal de la ley laboral, es decir, de su retroactividad o irretroactividad.

II. PRINCIPIOS ORIENTADORES EN MATERIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

Hacer una exposición de las diversas teorías que se han formulado sobre la irretroactividad de la ley, excedería los límites de este trabajo, a más de ser tarea ya realizada por diversos autores, a cuya consulta remitimos al lector interesado(5). Sin ánimo de hacer planteamientos novedosos, intentaremos un tratamiento global y sistemático de la materia, que nos permita llegar a conclusiones generales que nos auxilien en la búsqueda de soluciones adecuadas a los diversos problemas que en relación a la misma constantemente se plantean. Para ello nos basaremos en cuatro principios orientadores, que en cierta forma resumen los puntos de coincidencia general que podemos encontrar en la doctrina establecida, a partir del siglo pasado, por algunos tratadistas del derecho, tales como Planiol y

(5) Véase entre otros: SÁNCHEZ COVISA, Joaquín. Ob. cit., p. 230 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, México, 1977, p. 388 y ss.; DURAND, Paul y JAUSSAUD, R. *Traité du Droit du Travail*. Tomo I, Dalloz País, 1947, p. 197 y ss.; DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I, Porrúa, México, 1967, p. 406 y ss.

Ripert[6], Enneccerus[7], Ruggiero[8], Colin y Capitanht[9], Roubier[10], De Page[11] y algunos ius-laboristas como Durand y Jaussaud[12], De la Cueva[13], Krotoschin[14], Hernández Rueda[15], Caldera[16], Alburquerque[17], De Ferrari[18], Bayón Chacón-Pérez Botija[19], etc. Observaremos, antes de entrar en la exposición de estos principios, que ellos nos ayudarán a resolver aquellas situaciones en las cuales una norma no haya previsto nada en cuanto a su aplicación temporal, pues es perfectamente posible que la propia ley con el solo límite que supone el enunciado constitucional de irretroactividad, contemple disposiciones relativas a este problema, en cuyo caso serán estas las que indiquen la solución correcta.

1. Los hechos, actos o situaciones jurídicas que se produzcan con posterioridad a la vigencia de una "ley nueva" se encuentran recogidos por esta. Por el contrario dicha ley no afecta la constitución y validez de los hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas con anterioridad a su vigencia, así como tampoco es aplicable a los efectos o consecuencias jurídicas que de ellos se deriven y que hayan sido plenamente consumados bajo la vigencia de una ley anterior

Si, contrariando este principio, se sometiere al imperio de la "ley nueva" la constitución o validez de hechos, actos o situaciones jurídicas realizados bajo la vigencia de la ley derogada o la regulación de sus efectos o consecuencias jurídicas consolidadas durante este periodo, estaríamos frente a un caso de aplicación retroactiva –y por lo tanto inconstitucional– de la "nueva ley".

(6) PLANIOL, Marcel y ROPERT, Georges. *Trité Elementaire de Droit Civil*. Tomo I, París, 1928.

(7) ENNECCERUS, Kipp-Wolf. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1934.

(8) RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Reus, Madrid.

(9) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Course elementaire de Droti Civil Francasis*. Tomo I, Dalloz, Parísk, 1930.

(10) ROUBIER, Paul. *Les Conflits de loi dans le temp. Librerie du Recueil*, Dos tomos, Paría, 1929-1933.

(11) DE PAGE, Henry. *Traité Elementaire de Droit Civil Belgue*. Establissements Emile Bruylant, Brusellas, 1948.

(12) DURAND, Paul, y JAUSSAUD, R. Ob. cit.

(13) DE LA CUEVA, Mario. Tomo I, Ob. cit.

(14) KROTSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1968.

(15) HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I, Instituto de Estudios del Trabajo, Santo Domingo, 1985, p. 88 y ss.

(16) CALDERA, Rafael. Ob. cit.

(17) ALBURQUERQUE, Rafael. *Reglamentación del Trabajo*. Corripio, Santo Domingo, R.D., 1983, p. 114 y ss.

(18) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Vol. I, De Palma, Buenos Aires, 1968.

(19) BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1965 y 1966.

Dos ejemplos tomados del Derecho Civil Venezolano pero que hacen referencia a situaciones que pueden presentarse en cualquier país, nos permitirán ilustrar el alcance de este principio. El Código Civil de 1922 (art. 824) permitía el otorgamiento de testamentos conjuntos, lo cual fue prohibido por el Código Civil de 1942 (art. 835). En consecuencia, se deben considerar nulos todos los testamentos conjuntos que se otorgaren después de la vigencia de esa norma, pero se tendrán como válidos los testamentos conjuntos otorgados con anterioridad, pues la nueva norma del Código Civil no puede ser aplicada para considerar la validez de un acto jurídico –testamento– producido antes de su vigencia. Lo contrario sería retroactividad de la ley.

El Código Civil de 1942 estableció una nueva disposición (art. 767) que dice: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiera establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio". Si una unión concubinaria se extinguió en el año 1941 por muerte de la concubina, sus herederos, no hubiesen podido, en 1943, pretender la liquidación de una presunta comunidad con base en la referida norma, ya que esta no puede regir una situación jurídica definitivamente consumada con anterioridad a su vigencia. Si las consecuencias de dicha unión concubinaria, constituida y extinguida antes de la vigencia de la referida norma, se sometiesen a su imperio, se estaría haciendo una aplicación retroactiva y, por ende, inconstitucional de la ley.

2. Los efectos o consecuencias de hechos, actos o situaciones jurídicas preexistentes al imperio de una nueva ley, deberán ser regidos por esta si se han producido después de que ella ha entrado en vigencia

Esta hipótesis se plantea cuando un hecho, acto o situación jurídica genera efectos que se producen sucesivamente en el trascurso del tiempo, de manera que puede ocurrir que durante el proceso de producción de los mismos, sea modificada, una o más veces, la ley que rigió en el momento originario del hecho, acto o situación jurídica que lo genera. Así, si una persona fue adoptada en 1960, bajo la vigencia de las normas sobre adopción establecidas por el Código Civil venezolano de 1942, y su padre adoptante falleció en 1975, bajo el imperio de la Ley de Adopción venezolana de 1972, los efectos sucesorales respectivos estarán regidos por esta ley y no por el Código de 1942. En consecuencia se aplicaría la norma contenida en

el artículo 66 de la Ley de Adopción venezolana de 1972[20], que garantiza al hijo adoptivo derechos sucesorales equivalentes a los del hijo natural y no la contenida en el artículo 828 del Código Civil[21], que condiciona el derecho del hijo adoptivo a la sucesión de su padre adoptivo a la no existencia de posterioridad legítima ni natural y lo limita a un máximo del quinto de los bienes hereditarios. En este caso, no se está aplicando retroactivamente la "ley nueva", ya que ella no está obrando hacia el pasado para valorar la validez de un hecho acto o situación jurídica, ni para regular los efectos ya consolidados sino que simplemente, está siendo aplicada una consecuencia jurídica que se produce con posterioridad a su vigencia, aún cuando la razón última de su existencia pudiera encontrarse en un acto jurídico –la adopción- que se celebró con anterioridad a la misma. Por ello, al aplicarse en forma inmediata, tanto a las "nuevas situaciones" jurídicas, es decir, a las posteriores a su vigencia como a los "nuevos" efectos de hechos, actos o situaciones preexistentes, la "ley nueva" está actuando en el presente y hacia el futuro y no hacia el pasado, y, por lo tanto, no está interfiriendo en el correcto campo de aplicación de la ley derogada y, por lo tanto, sería inexacto decir que tiene efectos retroactivos[22].

3. Con relación a aquellos actos y situaciones jurídicas que, como los contratos se encuentran regidos por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se establece una excepción al enunciado contenido en el ordinal 2

Así, los efectos o consecuencias jurídicas de dichos actos o contratos sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes se regirán por la

(20) **Ley de Adopción, Artículo 66:** "El adoptado en adopción simple" –en este caso la adopción sería simple por cuanto fue hecha con anterioridad a la nueva ley que consagra la adopción plena–, tiene en la herencia del adoptante, sea este varón o mujer, derechos equivalentes a los que se reconocen al hijo natural respecto a su padre en el Título II, Libro Tercero del Código Civil. Sin embargo, el adoptado en adopción simple no es heredero legítimo del adoptante.

(21) **Código Civil, Artículo 828:** Cuando no hubiere posteridad legítima ni natural, los hijos adoptivos concurrirán con las personas llamadas a suceder por los artículos anteriores –ascendientes, cónyuge y colaterales–, "pero solo tomarán una cuota igual a la de la menos favorecida de aquellas personas; cuota que no excederá, en ningún caso, del quinto de los bienes. El hijo adoptivo no tiene derechos hereditarios en la familia del padre adoptante y este tampoco los tiene respecto del hijo adoptivo, ni respecto de su familia".

(22) Este planteamiento difiere del expuesto por SÁNCHEZ COVISA. Ob. cit., p. 251 y ss., quien afirma: "La Ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hechos pasados, es decir, no afecta a los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencia de un hecho anterior". El alcance de la diferencia entre ambos planteamientos es menor que el que aparenta, pues Sánchez Covisa, con agudo criterio, hace hincapié en que el núcleo de la cuestión radica en la siguiente pregunta: "En qué momentos se verifica el supuesto de hecho S de una consecuencia jurídica C. Es decir, en qué ocasiones el efecto futuro C es realmente consecuencia de un hecho S anterior a la nueva ley –caso en que no será afectado por ella– y en qué ocasiones es de ella". Aplicando el criterio de este autor podríamos, en el ejemplo de la adopción, llegar a la misma solución; es decir, a la aplicación de la Ley de 1972, por cuanto la consecuencia jurídica derecho a suceder del hijo adoptivo, no se derivaría del supuesto de la adopción –ocurrida antes de la vigencia de la Ley– sino del supuesto de la muerte del adoptante, ocurrido con posterioridad a la misma y, por lo tanto, sujeto a ella.

ley vigente en el momento de su celebración, aún cuando dichos efectos deban producirse sucesivamente en el transcurso del tiempo y dicha ley haya sido modificada, una o más veces, durante el proceso de su producción. La aplicación de este criterio de excepción, conocido con el nombre de "supervivencia de la ley antigua", encuentra fundamento en el referido principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas son libres de establecer las obligaciones a que quieren sujetarse, de manera que el contenido y alcance de estas son determinados por el libre consentimiento de las partes intervinientes.

Las leyes dispositivas, que no interesan al orden público, respetan esa autonomía y se limitan a establecer normas supletorias a la voluntad de las partes, las cuales, al obligarse, pueden adherirse total o parcialmente a la regulación establecida por tales normas, así como modificarla ampliarla o restringirla. De tal manera, al celebrarse un contrato, sus efectos, sean los propios de la ejecución instantánea o de la ejecución sucesiva, se encuentran determinados ad initio, tanto por la disposiciones expresas de las partes, como por las normas supletorias que estas no hayan modificado y estén contenidas en la legislación imperante en el momento de su celebración. Por ello, los efectos jurídicos de los contratos y actos de su propia naturaleza convencional, deben estar regidos por la ley vigente en el momento de la celebración, aún cuando dichos efectos se produzcan con posterioridad a su derogación, pues la aplicación de una "nueva ley" podría dar lugar a que tales contratos generasen consecuencias jurídicas distintas a las queridas por las partes, lo cual violentaría la autonomía de su querer. Roubier, quien ha sido el más alto el más alto exponente de esta concepción, dice: "Los contratantes, que vinculan a él –al contrato– sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor del día en que el contrato fue concluido, viniese a echar por tierra sus previsiones. Cuando dos personas se casan, cuando un sujeto adquiere un usufructo o una hipoteca, encontramos indudablemente como base de tales actos un hecho voluntario; pero los interesados saben que no hay más elección que la de seguir o no el régimen legal. Por el contrario, cuando dos personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento, saben que pueden insertar determinadas cláusulas, condiciones o modalidades del acto y si algo esperan de la ley, es solamente una protección complementaria, en relación con lo que hubieran dejado de prever o de enunciar"[(23)]. Con igual claridad se expresan Planiol y Ripert (…) "es preciso mantener esa situación contractual sujeta al imperio de la antigua ley, en los casos en que la nueva ley no lo prohíba por motivos de orden público" (a esta última consideración nos referimos a continuación, en el ordinal

(23) ROUBIER. Ob. cit., Tomo I, p. 598.

4 de esta exposición). "En efecto, cuando las partes celebraron el contrato se entiende han tomado el contenido de la ley vigente, adoptándola implícitamente, lo cual se deduce de que no la hayan desechado de modo expreso; la ley antigua, por ello, forma parte del contrato y se aplica como estipulación implícita de las partes, aUn cuando se encuentre ya derogada por una nueva ley"[(24)].

El artículo 1.815 del Código Civil venezolano de 1942, por ejemplo, introdujo una nueva disposición según la cual "el acreedor debe poner en conocimiento del fiador la mora del deudor, inmediatamente que esta ocurra". Si un contrato de fianza se celebra en 1940 y el deudor incurrió en mora en 1943, el fiador no podía reclamar, con base en el referido artículo, que se le debió avisar inmediatamente de esta circunstancia, ya que tal obligación para el acreedor no estaba contemplada en el Código Civil de 1922, bajo cuya vigencia se celebró el contrato. Someter al acreedor a dar aviso a que se refiere el mencionado artículo 1.815, sería atentar contra su autonomía de voluntad, ya que cuando él celebró el contrato de fianza lo hizo en el entendido de que no estaba obligado a avisar al fiador la mora del deudor, ya que la ley no contemplaba tal disposición ni las partes la habían establecido expresamente.

4. El principio de "supervivencia de la ley antigua" no es aplicable a los actos, situaciones o relaciones jurídicas cuya regulación, por estar sometida a normas de orden público, no descansa en la autonomía de la voluntad

En estos casos, no se justifica el criterio de excepción que hemos comentado en el ordinal 3, puesto que tratándose de normas imperativas y no supletorias de la voluntad de las partes, su aplicación inmediata no vulnera la ordenación jurídica de los actos o situaciones respectivas, ya que la misma es establecida por el Estado sin estar sujeta al querer de los particulares. Por ello, las leyes de "orden público" o "imperativas", como indistintamente se les conoce, están sujetas al principio general comentado en el ordinal 2 y no a la excepción a que nos hemos referido en el ordinal 3. Así, por ejemplo, las disposiciones contenidas en las leyes inquilinarias, por ser de orden público, son aplicables a los contratos de arrendamiento de viviendas celebrados con anterioridad a su vigencia.

El Derecho del Trabajo es, característicamente un derecho imperativo. Sus normas no tienden a suplir la voluntad de las partes, sino que constituyen un acto soberano del poder público destinado a vincular a los sujetos a los cuales están

(24) PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI, Cultural S.A., La Habana, 1936, p. 40.

dirigidas con prescindencia de su voluntad y aún en contra de ella, si fuere el caso. Por razones de supremo interés colectivo y de justicia social, el Estado ha sustraído la regulación de las relaciones de trabajo del campo de la autonomía de la voluntad y ha establecido normas que constituyen un mínimo de protección irrenunciable para el trabajador y que puede ser superado –no disminuido– por la contratación colectiva o individual. Tales normas, por interesar al orden público, son de aplicación inmediata y rigen tanto para las relaciones laborales que se establezcan después de su vigencia como para los efectos o consecuencias producidos con posterioridad a la misma, por relaciones laborales preexistentes.

III. UN EJEMPLO DE PROBLEMA DE APLICACIÓN TEMPORAL PLANTEADO POR LAS REFORMAS DE LA DENOMINADA "ANTIGÜEDAD" EN LA LEGISLACIÓN LABORAL VENEZOLANA

Resulta interesante ver la solución de problemas temporales concretos de aplicación de la legislación laboral mediante la aplicación de estos principios. Las limitaciones espaciales de este trabajo me impiden referirme a varios casos que se han presentado en las legislaciones laborales de nuestra región, tarea que espero poder emprender en otra oportunidad para completar la presente investigación.

Dada tal limitación me referirñe a un caso histórico en la legislación venezolana. La hoy denominada "prestación de antigüedad", que equivale a las denominadas en otros países compensaciones de tiempo de servicio o cesantía, ha sido una institución emblemática en el Derecho Laboral venezolano. Desde su consagración por el artículo 27 de la Ley de Trabajo de 1936 de Venezuela, hasta la última reforma legislativa de 2012, esta institución experimentó cambios normativos cada vez que hubo una reforma legislativa laboral en Venezuela. De allí que los problemas de aplicación temporal que ha tenido son de peculiar importancia y justifican una referencia particular[25]. La forma en que han sido sucesivamente enfocados estos problemas, es ilustrativa del desarrollo del derecho laboral venezolano. Aprobada la prestación de antigüedad en 1936, se adujo por parte del sector patronal que para la determinación del monto de dicha prestación no podría tomarse en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, por cuanto ello significaría darle efecto retroactivo. El sector laboral sostuvo el criterio opuesto que fue igualmente acogido por la Oficina Nacional del

(25) Ya, en la primera edición de la obra de Caldera, *Derecho del Trabajo. Tipografía La Nación*. Caracas, 1939, p. 307 y ss., se incluía un capitulo referente a la situación entonces presentada.

Trabajo, en ejercicio de las funciones judiciales que transitoriamente ejerció, por varios fallos de tribunales y por la Procuraduría General de la República. Dijo la Oficina Nacional de Trabajo: "La disposición del Parágrafo 1 de este artículo 27 (art. 37 de la Ley vigente) se aplica plenamente a los casos en los cuales un empleado u obrero pierda su trabajo por razón de despido o por otra causa ajena a su voluntad; cuando el empleado u otro obrero estaba trabajando de modo ininterrumpido en cumplimiento de un contrato de trabajo, expreso o presunto, por tiempo indeterminado y celebrado con anterioridad a la fecha de la promulgación de la vigente Ley de Trabajo. La aplicación de esta disposición legal a tales casos no constituye, en modo alguno, un efecto retroactivo de la actual Ley del Trabajo". El pago de la antigüedad, asienta la Oficina, "Es una obligación legal en el sentido que no tiene por fuente ningún contrato, sino una disposición imperativa y de orden público de la Ley; y es extraña a todo contrato, precisamente porque no tiene aplicación sino, justamente, cuando el contrato se extingue por una causa enteramente imprevista en el mismo contrato, cual lo es el despido injustificado del trabajador o cualquier causa ajena a la voluntad del trabajador tratándose de contratos por tiempo indeterminado. Contradice esta opinión el falso argumento de que tal aplicación de la vigente ley del Trabajo, en el caso concreto a que nos venimos refiriendo, a los contratos anteriores a su promulgación, equivale a dar efecto retroactivo a la Ley, por el hecho de que se tiene en cuenta la duración que ha tenido el contrato para calcular el monto de indemnización. Tal conclusión es inexacta, puesto que, al tomar como simple base de cálculo aritmético el tiempo de duración del contrato, no se está aplicando la Ley al contrato mismo, sino que, simplemente, se está contemplando un hecho cumplido (la duración que haya tenido un contrato, real o presunto) para tomarla como factor de una multiplicación, ordenada por la Ley y que es necesario realizar para calcular el monto de una obligación dimanada exclusivamente de esa misma Ley (…) Las indemnizaciones previstas en el parágrafo 1 del artículo 27 de la Ley del Trabajo vigente y que se refieren a un hecho verificado después de haber ella entrado en vigencia, tienen la características de una pena (carga), aplicable desde el momento en que se verifica el hecho considerado en ellas (…) La situación que contempla la Ley es el hecho de la rescisión del contrato por despido u otra causa ajena a la voluntad del obrero. Si este hecho se realiza bajo el imperio de la ley nueva, sus consecuencias deben ser regidas por esta. Habría retroactividad si se quisiera aplicar la ley nueva a un despido o hecho ajeno a la voluntad del obrero, ocurrido antes de su entrada en vigor"[(26)].

(26) PORRAS RANGEL, Juan. Ob. cit., Tomo I, p. 22 y ss.; Tomo II, p. 1903 y ss.

La Corte Federal y de Casación, en fallo criticado por los especialistas del trabajo y cuya doctrina no fue pacíficamente acogida por los juzgadores laborales de instancia, declaró nula la decisión de la Oficina Nacional de Trabajo. El alto tribunal sintetizó su doctrina afirmando: "que las indemnizaciones por despidos de los obreros, aunque tal despido haya ocurrido bajo la vigencia de la nueva ley del Trabajo, se rigen como efecto o consecuencia directa que son de la resolución de contratos celebrados antes de la dicha ley, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio sobre esta materia, según los casos, pues estas fueron las únicas leyes que las partes pudieron tener en cuenta al contratar; que prescindir de tales normas, para aplicar el artículo 27 de la Ley del trabajo, es darle efecto retroactivo a esta Ley, violando así el artículo 90 de la Constitución Nacional (…) No había necesidad de examinar en sí misma, o sea en su funcionamiento, la base del cálculo del artículo 27, para decidir que se estaba aplicando retroactivamente este precepto, pues, como ya se dijo, para saber si hay retroactividad, basta comprobar que se ha aplicado la ley nueva en casos que deben regirse por la ley del contrato, sea cual fuere el resultado económico a que el cálculo de la pena condujese. Pero, aparte de esto, la sola forma de cálculo de la pena o indemnización implica también retroactividad, pues, con ella se hace producir un efecto nuevo (el de agravar la pena) a la duración de contratos que empezaron y terminaron antes de la vigencia de la Ley del Trabajo. Esa duración no es sino un efecto voluntario de los contratos de trabajo, es obra de la conducta contractual de ambas partes, esa conducta, esa voluntad recíproca de las partes, en hacer durar la relación contractual se desenvolvió libremente porque, atenidas a la ley del contrato, aquellas no podrían temer que una nueva ley viniese a injertar en esa obra de su exclusiva voluntad, una consecuencia más, en beneficio exclusivo de una de las partes, con perjuicio de la otra, rompiendo así la nueva ley la base de igualdad que en cuanto a este punto garantizaba la ley anterior. De tal modo es así, que si los principales o patronos cuando contrataron bajo la ley precedente hubiesen sospechado que una nueva ley vendría a establecer, con efecto retroactivo, tal forma de indemnización, es caso seguro que habrían ejercido prudentemente, en discretos periodos de duración, su derecho reconocido por la ley, de resolver unilateralmente sus contratos de trabajo"[27].

Partiendo de las consideraciones que expusimos al hablar sobre el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, podemos concluir que la tesis contenida en los fallos revocados era más ajustada a los criterios técnicos establecidos por la doctrina, que la sostenida en la sentencia de la Corte. Dado lo incipiente de la legislación y doctrina laborales venezolanas para aquel momento,

(27) Ibídem, tomo II, p. 1895 y ss.

parece explicable que la Corte Suprema sostuviese un punto de vista, muy apegado a la concepción civilista tradicional del contrato de trabajo y no tuviese en cuenta el carácter de orden público propio de las leyes laborales. Por ello, este criterio estaba destinado a no dejar huella profunda en la evolución del Derecho del Trabajo venezolano y así, el propio legislador en las reformas de 1947, 1974, 1975, 1990,1997 y 2012 relativas a las prestaciones pagaderas al término de la relación de trabajo (las que se denominaron indemnización de antigüedad y cesantía y luego fueron unificadas bajo la denominación de prestación de antigüedad), dio por sentado que tales prestaciones se regirían por la ley vigente para la finalización de la relación de trabajo, aun cuando esta se haya iniciado bajo la vigencia de leyes anteriores, criterio pacíficamente acogido por la jurisprudencia y por la doctrina(28).

La aplicación de los principios orientadores señalados en materia de retroactividad de la ley, nos lleva a concluir que el criterio que viene prevaleciendo es el correcto. En efecto, para la determinación del monto de la antigüedad se computan el tiempo de servicios transcurridos con anterioridad a la ley que la reformó y ello no significa, de modo alguno, aplicación retroactiva de la misma: se trata de la aplicación inmediata de una norma que rige todas las relaciones laborales existentes durante su vigencia, incluso las constituidas con anterioridad. La norma debe respetar los efectos jurídicos consolidados con anterioridad a ella, pero no los que posteriormente se produzcan como consecuencia de relaciones de trabajo activas durante su vigencia, aun cuando hayan sido establecidas con antelación. Por ello, las nuevas normas rigen, después de su publicación en la Gaceta Oficial, todos los efectos jurídicos que a partir de ese momento vayan produciendo las relaciones de trabajo existentes en el país, de manera que todo lo relativo a la hoy denominada prestación de antigüedad y a las anteriormente denominadas indemnización de la antigüedad y cesantía (que corresponden al mismo instituto jurídico cuya regulación legal se fue paulatinamente cambiando) que, por voluntad imperativa de la ley, no es susceptible de ser relajada por acuerdos particulares, pasan a ser "derechos adquiridos" de todos los trabajadores, independientemente de la causa de terminación de la relación laboral y de la fecha de inicio de la misma.

(28) Este fue el criterio predominante entre los especialistas en diversas jornadas, foros y seminarios sobre Derecho Laboral realizados después de las reformas presidenciales de 1974 y 1975. Entre quienes entonces expresaron por escrito este criterio podemos citar a: ÁLVAREZ LORETO, Manuel. "Nuevas disposiciones sobre Antigüedad y Cesantía", "Observaciones acerca del problema de la irretroactividad", publicado en: *Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social*. Nº 39, Editorial Sucre, Caracas, 1975, p. 43 y ss.; ARAUJO, Jesús. *Comentarios a la Ley Contra Despidos Injustificados*. Italgráficas S.R.L., Caracas, 1975, p. 53 y ss.; ALFONZO GUZMÁN, Rafael, con algunas reservas que comentamos a continuación. *Didáctica del Derecho del Trabajo*. UCV, Caracas, 1976, p. 163 y ss.

El importe de las prestaciones deberá ser calculado en función del tiempo ininterrumpido de servicios que cada trabajador haya cumplido en su respectiva empresa, aun cuando su ingreso a la misma hubiere ocurrido con anterioridad a la promulgación de las nuevas normas. El tiempo de duración de la relación no viene a ser sino la medida que el legislador utilizó para cuantificar el momento de las prestaciones que deben corresponder a los trabajadores cuya relación laboral finalice durante el imperio de la nueva ley. No ha habido aplicación retroactiva de las nuevas legislaciones, porque no se están afectando ni las relaciones laborales extinguidas antes de su vigencia, ni los efectos consumados de relaciones que, nacidas antes de las nuevas reformas legislativas, son respetadas en su consecuencia pasadas, pero que, en virtud de que la nueva ley es de orden público, debe adaptar sus consecuencias futuras al nuevo contenido normativo. Habría retroactividad si la norma, volviendo hacia el pasado, hiciere nueva valoración de una situación jurídica ya consolidada –cual sería la del trabajador despedido justificadamente antes de 1974 sin derecho a prestaciones- le diere nueva vida e hiciere desprender de ella nuevas consecuencia, como las de otorgar a dicho trabajador el derecho a cobrar una antigüedad y una cesantía que no recibió porque no le correspondía de acuerdo a la ley vigente para el momento de su despido.

En consecuencia, cualquier trabajador cuya relación de trabajo finalice con posterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras,(7 de Mayo del 2012) tendrá derecho a que se le paguen treinta días de su último salario por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses, contados a partir de la fecha de inicio de la relación laboral independientemente de cualquiera que fuese la ley laboral vigente para eses momento, ya que en esta Ley se modificó el sistema según el cual la prestación de antigüedad se iba calculando con el salario de cada mes sin que al final de la relación se hiciese reajuste alguno, restituyéndose el tradicional sistema - sustituido en 1997, al igual que en muchas legislaciones- según el cual dicho beneficio se calcula multiplicando los años de servios del trabajador por el salario que tenga en el momento de la finalización de la relación laboral. Es de señalar que la nueva ley dispone que, si fuese el caso que los abonos recibidos por el trabajador durante su relación laboral, bien sea a su cuenta de antigüedad en la contabilidad de la empresa o al fideicomiso que se hubiese constituido al efecto, resultaren en un cantidad superior a la constituida por los treinta días de su último salario por cada año o fracción superior a los seis meses de servicio, el trabajador tendrá derecho a recibir esa cantidad superior en lugar de los treinta días de salario por año de servicio.

UNA LEY DE TRANSICIÓN: LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS DE VENEZUELA

HÉCTOR ARMANDO JAIME MARTÍNEZ[1]

I. INTRODUCCIÓN

Escribo este artículo aún con la sensación de que Mario Pasco se encuentra entre nosotros. Me parece haber recibido tan solo ayer su correo expresando su solidaridad ante la difícil situación que los venezolanos vivimos en febrero de 2014, solidaridad con un país que amó hasta sentirlo como suyo, y el cual visitó en numerosas oportunidades para, con la elocuencia que lo caracterizaba, esparcir su sapiencia y sembrar afectos. No es de extrañar que varios de sus amigos venezolanos hubiésemos atendido la invitación a participar en este homenaje como testimonio de la relación fraterna que mantuvimos con Mario.

La Constitución de la República Bolivariana de 1999 impuso a la Asamblea Nacional la obligación de reformar la Ley Orgánica del Trabajo, dentro del año siguiente a la Instalación de dicha Asamblea. Con cierta demora el 17 de julio de 2003 la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión un proyecto que había presentado el Ministerio del Trabajo, luego de ello, el proceso de reforma sufrió un estancamiento.

(1) Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela. Profesor invitado en los postgrados de Derecho del Trabajo de varias universidades de Venezuela. Autor de numerosas obras en Derecho del Trabajo. Individuo de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social.

En diciembre de 2011 el Ejecutivo Nacional designó una Comisión para elaborar un nuevo proyecto de Ley. Algunos de sus integrantes tomaron la iniciativa de celebrar consultas. Al parecer, las observaciones de la Comisión no fueron tenidas en cuenta, puesto que el 30 de abril de 2012, en forma por demás sorpresiva, el Presidente promulgó mediante Decreto, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cuyo texto solo se vino a conocer pasadas las doce de la noche del 1 de mayo.

El texto fue enviado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que esta se pronunciara acerca de su constitucionalidad y su carácter orgánico. De inmediato, destacados doctrinarios advirtieron la inconstitucionalidad formal y otros vicios que presentaba la Ley, no obstante la Sala Constitucional haciendo caso omiso de tales observaciones, solícitamente declaró su carácter orgánico, en tan corto tiempo, que fue posible su publicación en Gaceta el 7 de mayo de 2012.

El presente artículo pretende hacer un somero análisis de la misma, poniendo el acento en la concepción política que domina la Ley, basada en la consideración del trabajo como proceso social. Desde el punto de vista formal, el texto legal adolece de serias deficiencias de redacción por lo que no resulta raro encontrar contradicciones no solo con otros textos legales, sino incluso, en el seno del mismo texto legal. Ejemplo de ello es la propia denominación de la Ley, mientras la exposición de motivos la denomina: Ley Orgánica del Trabajo, las trabajadoras y los Trabajadores, el texto del Decreto invierte los términos y la denomina: Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

II. CARACTERES DE LA LOTTT

La LOTTT es una ley fundamentalmente política, que se presenta como una Ley de transición en el cual si bien en principio, se mantiene el modelo tradicional de relaciones de trabajo, deja ver la intención de implantar un modelo socialista de relaciones de trabajo, totalmente ajeno a la tradición latinoamericana y, en especial, la venezolana, haciendo caso omiso a la voluntad popular que se pronunció ya, en contra de este modelo, el 2 de diciembre de 2007.

Todo el sistema de relaciones laborales, regulado por la Ley, gira en torno de la concepción del trabajo como proceso social, dirigido a alcanzar los fines esenciales del Estado. Con ello se pretende asignar a una ley, cuya función teleológica debería ser la protección de la dignidad del trabajador, funciones tan extrañas

a ella, como la de consolidar la independencia y la soberanía nacional, asegurando la integridad del espacio geográfico de la nación (art. 25)[(2)].

Otro carácter que presenta la Ley, dado el cambio de la función protectora por la inclusión del proceso social del trabajo como eje central, es la intención de transformar las relaciones de trabajo dirigiéndolas hacia otras formas de organizar la producción de carácter marcadamente estatal y el interés por mantener las relaciones de trabajo bajo el control del poder central.

Por último, cabe destacar el desfase histórico que presenta la ley por las fuentes del pensamiento en las que se inspira o en las que dice inspirarse.

1. El trabajo como proceso social

La LOTTT mantiene el concepto de trabajo como hecho social y que constituye su objeto. No obstante todo el desarrollo ulterior se fundamenta en el concepto de trabajo como proceso social, lo que no constituye un mero cambio terminológico. Es así como mientras la LOTTT alude en solo dos ocasiones a la noción de trabajo como hecho social (arts. 1 y 18), utiliza, en cambio, en sesenta y nueve oportunidades el término proceso social del trabajo.

El concepto del trabajo como proceso social tiene su raigambre en el Capítulo VII, Libro Primero de *El Capital* de Marx, quien además de concebir el trabajo, como un proceso natural entre el hombre y la naturaleza lo define como un proceso de valorización, proceso que el sistema capitalista desvirtúa al permitir la generación de un plusvalor que beneficia a los propietarios de los medios de producción.

La LOTTT acoge tal concepto lo que le permite pregonar la primacía y exclusividad del trabajo en la formación de la riqueza (art. 96) y considerar al trabajo como un proceso liberador (art. 1).

Partiendo de la concepción de trabajo como proceso social, la Ley considera, como finalidad principal, la de alcanzar los fines esenciales del Estado, objetivo que relega a un segundo plano la protección del trabajo y del trabajador en sí, que tradicionalmente se ha considerado la razón de ser del Derecho del Trabajo.

(2) El artículo 25 de la LOTTT corresponde más o menos a la misma concepción del artículo 4 del Código de Trabajo de Cuba: El Código de Trabajo tiene como objetivo regular las relaciones jurídico-laborales en Cuba, a fin de coadyuvar al incremento de la productividad del trabajo y de la eficiencia laboral, al fortalecimiento de la disciplina del trabajo y al establecimiento, dentro del marco de la legalidad socialista, de garantías jurídicas para la realización de los derechos de los trabajadores, la elevación del nivel de vida y el cumplimiento de sus deberes. Nótese la ausencia de cualquier referencia a la protección del trabajador.

El trabajo viene a ser entonces, la forma como un trabajador participa en el proceso de consecución de los fines esenciales del Estado.

La centralidad de la concepción de trabajo como proceso social en la Ley se pone de manifiesto en el hecho de que las definiciones de trabajador, contrato de trabajo, jornada y salario, giran en torno de esta. En el caso de este último la Ley muestra su carácter de transición ya que no adopta el concepto marxista de que solo el trabajo crea valor, pero lo deja entrever cuando en el artículo 96 afirma: **La riqueza es un producto social, generado principalmente por los trabajadores y trabajadoras en el proceso social de trabajo**.

El artículo primero concibe el trabajo como un proceso liberador (mediante él se libra el trabajador de la alienación que le produce el hecho de trabajar para otro, dueño de los medios de producción) por ello en el artículo 25 se afirma que el objetivo principal del proceso social del trabajo es **superar las formas de explotación capitalista**.

La Exposición de Motivos parte de un falso supuesto cuando afirma que la Constitución considera al trabajo como un proceso social: el proceso social del trabajo, pues este concepto, como tal, no se encuentra así enunciado en el texto constitucional. En el aparte único del artículo 3 la Constitución considera al trabajo y a la educación como procesos fundamentales para alcanzar los fines del Estado.

La influencia comunista se nota, entre otros elementos, en la introducción de la noción de Entidades de Trabajo, extraña a nuestra tradición jurídica laboral y que es tomada del artículo 7 del Código de Trabajo de Cuba, así como en la creación de los Consejos de Trabajadores llamados a ejercer el derecho de participación de los trabajadores en perjuicio de las organizaciones sindicales.

2. El Estado controlador de las relaciones laborales

La ley ha sido concebida habida cuenta de la creciente condición de patrono que asume el Estado. De allí se desprende la legalización la situación de contratados que posee una importante cantidad de trabajadores que prestan sus servicios en la Administración Pública, con el fin de excluirlos del campo de aplicación del Estatuto de la Función Pública, situación no solo irregular sino contraria a la Constitución (art. 146).

Se le ha concedido al Ministerio del Trabajo la posibilidad de intervenir empresas en caso de que exista el riesgo de extinción (art. 148) o de cierre patronal (art. 149).

Pero en donde se pone de manifiesto el afán controlador del Estado es en materia de los Derechos Colectivos. Destacan, entre algunos de sus aspectos rigidizantes, los siguientes:

a) la constitución y funcionamiento de las organizaciones sindicales se las somete a un Registro Central y a mayores requisitos;

b) se somete las elecciones sindicales a controles estatales;

c) se obliga a los dirigentes sindicales a presentar declaraciones juradas de su patrimonio como si se tratara de funcionarios públicos;

d) se priva a los sindicatos de la posibilidad de participar en la gestión de las empresas, aparentemente con la intención de privilegiar a los consejos de trabajadores;

e) se faculta a la Contraloría General de la República para revisar las cuentas de los sindicatos: y,

f) se limita el ejercicio del derecho de huelga y se limitan las causas justificantes de un conflicto colectivo.

Todas estas normas contravienen el Convenio 87 sobre Libertad Sindical de la OIT ratificado por Venezuela.

La LOTTT no escapa a una faceta que caracteriza a todas las leyes aprobadas por el sistema actual de gobierno y es el de su carácter punitivo cuando eleva sustancialmente el monto de las sanciones.

Este control del Estado nos lleva a concluir que la función perseguida por la LOTTT no es la de brindar protección a los trabajadores, sino la de implantar un sistema en el cual todo se encuentre en función de lograr los fines del Estado. Lo que recuerda la conocida frase: **Todo dentro del Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado**.

3. El desfase histórico

El desfase histórico lo representa una ley que se inspira en una tesis política concebida en plena revolución industrial y que no ha tenido en cuenta ni las nuevas formas de organización de la producción, ni las nuevas clases de trabajo, ni la influencia tecnológica, ni las consecuencias que acarrea la internacionalización de la economía.

El Derecho del Trabajo es un derecho histórico como lo señalo Gerard Lyon-Caen, para destacar su naturaleza cambiante con el fin de adaptarse a las circunstancias económicas y sociales reinantes en un momento dado. No se puede legislar de espaldas a una realidad. Ejemplo de esto último se encuentra en la prohibición de la tercerización, concebida esta como un fraude a la Ley, norma que solo tiene relevancia en el orden interno, cuando se está en presencia de un fenómeno internacional que escapa al control de los Estados, con empresas que, muchas de ellas, se limitan a comercializar productos que fábricas en otros países realizan para ellos. Se hace más evidente la falta de fundamento en la realidad cuando se consagra una norma de este tenor en un país con una creciente economía de puertos.

El desfase histórico se reafirma con la alusión en materia de fuentes a un ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano.

Nada más lejano del pensamiento de Bolívar que los fundamentos ideológicos sobre los que se pretende construir la LOTTT. Bolívar construyó su pensamiento político sobre tres pilares: Montesquieu, Voltaire y Rousseau, todos de corte liberal y dentro de un contexto histórico diferente del actual(3). Es imposible pensar que el Libertador pudiese haber tenido conocimiento de las corrientes socialistas que aparecieron en Europa veinte años después de su muerte. Menos aún puede afirmarse la existencia de una relación entre su pensamiento y el marxismo.

Zamora fue un caudillo sin mayores luces intelectuales que abrazó la causa federal, todo lo contrario del centralismo que caracteriza este gobierno. Sus cartas, referentes a negocios o a asuntos bélicos, escritas en un lenguaje sencillo, no permiten construir un ideario, menos aún en materia de trabajo.

(3) En una carta al vicepresidente Santander (Arequipa, 20 de mayo de 1825) Bolívar se refiere a su educación, a propósito de un artículo publicado en Europa: En el eres cierto que mi educación fue muy descuidada, puesto que mi madre y mis tutores hicieron cuanto era posible por que yo aprendiese: me buscaron maestros de primer orden en mi país. Robinson, que Vd. conoce (Samuel Robinson era un seudónimo de don Simón Rodríguez), fue mi maestro de primeras letras y gramática; de bellas letras y geografía, nuestro famoso Bello; se puso una academia de matemáticas solo para mí por el padre Andújar, que estimó mucho él barón de Humboldt. Después me mandaron a Europa a continuar mis matemáticas en la Academia de San Fernando; y aprendía los idiomas extranjeros, con maestros selectos de Madrid; todo bajo la dirección del sabio marqués de Uztaris, en cuya casa vivía. Todavía muy niño, quizá sin poder aprender, si me dieron lecciones de esgrima, de baile y de equitación. Ciertamente que no aprendí ni la filosofía de Aristóteles, ni los códigos del crimen y del error; pero puede ser que Mr. de Mollien no haya estudiado tanto como yo a Locke, Condillac, Buffon, Dalambert, Helvetius, Montesquieu, Mably, Filangieri, Lalande, Rousseau, Voltaire, Rollin, Berthoy y todos los clásicos de la antigüedad, así filósofos, historiadores, oradores y poetas; y todos los clásicos modernos de España, Francia, Italia y gran parte de los ingleses. Todo esto lo digo muy confidencialmente a Vd. para que no crea que su pobre presidente ha recibido tan mala educación como dice Mr. de Mollien; aunque, por otra parte, yo no sé nada, no he dejado, sin embargo, de ser educado como niño de distinción puedo serlo en América bajo el poder español. Véase PÉREZ VILA, Manuel. *La formación intelectual del Libertador*. Ediciones Presidencia de la República, Caracas, 1976.

La obra de Simón Rodríguez, cuyo seudónimo era Samuel Robinson, otro hombre de su tiempo, se centra en la pedagogía y en las concepciones políticas liberales vigentes en su época, su pensamiento es poco conocido como lo señala Marcos Castañeda: "Todo esto ha llevado a que el pensamiento de Simón Rodríguez, en pleno siglo XXI, siga siendo desconocido o, peor aún, tergiversado para ser fundamento de teorías políticas, educativas, sociales, entre otras con intereses particularísimos, distantes de su pensamiento original. Esto ha llevado a decir a algunos que sobre Simón Rodríguez se ha escrito mucho pero poco se ha investigado"[(4)].

Construir un sistema de fuentes a partir de un ideario desconocido y bajo circunstancias tan diferentes a las existentes para el momento en que tales ideas fueron expresadas, y sin mayor relación con la concepción del trabajo como proceso social, constituye una obra titánica que va a permitir las más disímiles e imaginativas interpretaciones y aplicaciones normativas, lo que llevaría a concluir que se está por gestar un derecho pretoriano.

III. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

La LOTTT fue promulgada por el Presidente de la República mediante el Decreto Nº 8.938 con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica, dentro del marco de la Ley Habilitante dictada por la Asamblea Nacional el 17 de diciembre de 2010 que delegó en el Presidente la función de legislar en una amplísima gama de materias que comprenden una gran parte de la reserva legal, esencialmente atribuida a la Asamblea Nacional por disposición de lo establecido en los mencionados artículos 187 y 156 de la CRBV, que de acuerdo al criterio de destacados constitucionalistas, crean un poder legislativo de facto y procura un fraude constitucional al delegarse la reserva legal al Presidente[(5)]. Entre las materias habilitadas destaca **el ámbito del sistema socioeconómico**, sin embargo, no puede considerarse que se le hubiese delegado legislar en materia de

(4) CASTAÑEDA, Marcos. *Del súbdito al ciudadano. El rol de la educación en la obra de Simón Rodríguez*. Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Licenciado en Educación, Mención Filosofía de la UCAB, enero de 2011. Ejemplar suministrado gentilmente por el autor en forma digital desde su correo electrónico marcostusj@gmail.com el día 04/06/2012.

(5) En opinión de Ramón Duque Corredor la reserva legal (…) es una de las principales garantías de los derechos que la Constitución reconoce, y que implica que cualquier materia relativa a estos derechos solo puede ser regulada por el Poder Legislativo ordinario mediante leyes formales, que son las que aprueba la Asamblea Nacional como cuerpo legislador y de representación popular. Véase DUQUE CORREDOR, Ramón José. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Editorial Legis. Bogotá, 2008, p. 590.

Trabajo, el cual, además, había sido objeto de regulación por una Ley Orgánica que solo puede ser reformada por otra Ley del mismo carácter que necesariamente debe ser aprobada por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional y que de acuerdo con el criterio Duque Corredor, es uno de los límites para que la delegación legislativa de la reserva legal deba ser restringida(6). Con base en lo anterior, la LOTTT estaría viciada de inconstitucionalidad formal.

De igual manera se sostiene que estaría viciada de inconstitucionalidad material por las siguientes razones:

1. La disposición transitoria segunda, numeral 2, de LOTTT contempla una aplicación del régimen de prestaciones sociales que supera los límites de la vigencia de esta nueva ley, al ordenar una aplicación retroactiva de la misma: "El tiempo de servicio para el cálculo de las prestaciones sociales de los trabajadores activos y trabajadora activas al momento de la entrada en vigencia de esta Ley, será el transcurrido a partir del 19 de junio de 1997 (...)". La anterior disposición constituye una clara violación a la garantía de la irretroactividad de la Ley, contemplada en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

2. Igualmente la Ley contiene violaciones al Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección al Derecho de Sindicación, ratificado por Venezuela y que de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la CRBV tiene rango constitucional. Se considera que el artículo 397 viola la libertad sindical al establecer las causas que permiten la apertura de un procedimiento disciplinario, cuando esta materia debería estar regida por los estatutos de la propia organización. De igual manera limita la libertad sindical el artículo 403 cuando establece los parámetros para las elecciones sindicales. Quizá una de las más claras violaciones a la libertad sindical se encuentra en el artículo 387, numerales 7 y 8, cuando establece dos nuevas causales que justifican la abstención del registro de las organizaciones sindicales(7). Con ello se

(6) DUQUE CORREDOR, Ramón José. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Editorial Legis, Bogotá, 2008, pp. 590 y 591.

(7) 7. Cuando la junta directiva provisional se incluyan personas que durante el último año fueron inhabilitados para la reelección por no rendir cuenta de la administración de fondos sindicales.

pretende sancionar a todo un colectivo por la conducta de uno de los integrantes.

3. Por último, se considera que la disposición contenida en el 9 del artículo 425, al ordenar a los tribunales de trabajo abstenerse de dar curso a los recursos contenciosos de nulidad, mientras la Inspectoría de Trabajo no certifique el cumplimiento de la orden de reenganche, configura el principio *solve et repete* lo que constituye una violación a la garantía de tutela judicial efectiva como lo ha venido sosteniendo la doctrina de la propia Sala Constitucional del TSJ(8).

IV. LOS PRINCIPALES CAMBIOS EN LA LEY

La nueva Ley laboral venezolana presenta algunos cambios fundamentales que merecen ser destacados. Algunos de ellos responden a la nueva concepción ideológica que inspiró a los autores de la Ley, otros, al afán controlador del Estado en tanto que para algunos otros se desconocen las razones que llevaron a consagrar los mismos. Dadas las limitaciones de extensión de este artículo solo se hará mención de los más importantes.

1. El régimen de la prestación de antigüedad o de las llamadas prestaciones sociales

Una de las razones que llevó al constituyente a ordenar la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, fue la necesidad de cambiar el régimen de la prestación de antigüedad o de prestaciones sociales, nombre con el cual se conoce en Venezuela al beneficio de compensación por tiempo de servicios.

La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 tuvo como una de las finalidades principales eliminar el sistema de recalcular tal beneficio con base en el último salario devengado por el trabajador y redefinir el salario. Dicha reforma fue producto de un acuerdo tripartito, en la cual participaron varias centrales sindicales, y tuvo varias motivaciones. De un lado, la necesidad de impedir un incremento exponencial de los pasivos laborales de las empresas que debían

8. Cuando en la junta directiva provisional se incluyan personas que durante el último año pertenecieron a la junta directiva de otra organización sindical cuyo periodo se venció y no han convocado a elecciones sindicales".

(8) Sentencias Nº 321 del 22 de febrero de 2002 y Nº 379 del 7 de marzo de 2007.

reajustar el beneficio de la prestación de antigüedad con base en el último salario devengado por el trabajador al momento de finalización de la relación de trabajo; del otro, la necesidad de **recomponer** el salario. Como la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 consideraba que los subsidios otorgados al trabajador no tenían carácter salarial; por ello el gobierno echó mano de los subsidios para incrementar el ingreso del trabajador sin que este incidiera en la determinación del monto de los beneficios que se calculaban con base en el salario, entre ellos, la prestación de antigüedad, las vacaciones, la participación en los beneficios, etc. Esta práctica provocó una distorsión en la remuneración del trabajador ya que del total de lo que recibía como contraprestación por su prestación de servicios, solo el veinte por ciento tenía carácter de salario.

La reforma de 1997 optó por recomponer el salario, en el sentido de incluir los subsidios dentro del salario y eliminar el sistema de recálculo a cambio de aumentar sustancialmente el monto del beneficio de antigüedad (más del doble, o sea más de 60 días de salario por año).

La intención original de quienes propusieron en la Constitución la reforma del sistema adoptado en 1997 era la de reestablecer pura y simplemente el recálculo, sin embargo, los proyectos de reforma tropezaron con el obstáculo de la inviabilidad económica de volver a tal sistema, lo que explica en parte la demora en cumplir con la obligación constitucional de reforma.

La LOTTT optó por un doble régimen que mantiene en sustancia el de 1997 y que solo aplica el recálculo al final de la relación de trabajo, sobre la base de treinta días de salario por cada año de antigüedad, siempre que sea superior a lo que el trabajador tiene acumulado en su cuenta individual, mediante los abonos trimestrales que se deben hacer en forma similar a como lo estableció la reforma de 1997. Esto solo favorece a los trabajadores con mayor antigüedad y que han experimentado importantes aumentos en su remuneración.

2. La jornada de trabajo

Una de las ofertas populistas de Hugo Chávez para solicitar la reforma de la Constitución en el año 2007 fue la de la reducción de la jornada de trabajo a 40 horas semanales. La proposición de reforma fue derrotada, no obstante, sin que los trabajadores hubiesen insistido en ello, la LOTTT se ocupó de reformar el régimen de jornada de manera por demás rígida.

Venezuela es el único país latinoamericano en establecer una jornada diurna de 40 horas a la semana y de 35 horas para la semana nocturna. Además se

conceden dos días de descanso semanal los cuales deben ser disfrutados de manera continua.

La regulación de la jornada de trabajo, para cuya entrada en vigencia se previo una *vacatio legis* de un año, no tuvo en cuenta las nuevas formas de organización de la producción ni las condiciones especiales de ciertas empresas de trabajo continuo, de modo que, antes de que comenzase a ser aplicada, fue necesario dictar un Reglamento parcial que flexibilizó la aplicación del régimen de los días de descanso y permitió, en los casos de trabajo continuo, que los días de descanso semanal fueren disfrutados en días discontinuos.

El régimen de las jornadas excepcionales experimentó un drástico cambio en la LOTTT, aparentemente con la intención de eliminar las excepciones y someter todas las jornadas a un régimen común.

3. La responsabilidad patronal

La Ley contempla dos disposiciones que llevan al extremo la responsabilidad patronal. En primer término el artículo 43 dispone: "La responsabilidad del patrono o patrona se establecerá exista o no culpa o negligencia de su parte o de los trabajadores, trabajadoras, aprendices, pasantes, becarios o becarias, y se procederá conforme a esta Ley en materia de salud y seguridad laboral". No solo se modifica así la Ley especial sobre la materia (la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo) que requiere la existencia de la culpa del patrono para que surja la responsabilidad de este, sino que también echa por la borda el fundamento de la Seguridad Social: el sistema de repartir los riesgos entre los miembros de la comunidad.

Por otra parte, el artículo 151 extiende la responsabilidad hasta los accionistas por las obligaciones derivadas de una relación de trabajo. Sin entrar a considerar lo absurdo de la disposición que contradice el principio de Derecho Común que establece que la personalidad de la sociedad es diferente de la de los socios, así como el de la limitación de la responsabilidad de los socios a sus aportes, en las sociedades de capital, ello constituye un perjuicio para los accionistas minoritarios pues la Ley no distingue entre los socios, ni establece la posibilidad de atacar primero a los accionistas poseedores de una mayor patrimonio.

4. La tercerización

El vocablo tercerización es un término polisémico que entraña los más diversos significados, sin embargo, en la LOTTT se alude a una relación triangular en la cual, un tercero, interviene o intermedia entre los dos sujetos naturales

de la relación de trabajo: el que presta el servicio y el que se beneficia con dicha prestación.

En Venezuela, la tercerización hace acto de presencia con la explotación petrolera, pero desde un primer momento se consagró la solidaridad entre el intermediario y el contratista frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y en la reforma de la Ley del Trabajo de 1947 se estableció la igualdad de condiciones entre los trabajadores de la empresa principal y los de los contratistas, lo que permite controlar su desarrollo.

La necesidad de responder a las nuevas formas organizacionales del trabajo, la búsqueda de una mayor competitividad, así como la reducción de costos, llevaron a desarrollar formas como las empresas de trabajo temporal y, sobre todo, las cooperativas de trabajo asociado, siendo estas últimas fomentadas en Venezuela por los propios poderes públicos.

La LOTTT parte del supuesto de considerar que la tercerización constituye un fraude y así, el artículo 47 la define: "la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral".

Al respecto cabe señalar que la tercerización no entraña, per se, ni la intención de defraudar ni una simulación, existen relaciones triangulares abiertas en las cuales se tienen claras las responsabilidades y se desarrollan sin causar perjuicio al trabajador; ello se logra mediante una legislación que garantice los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios para terceros y una administración eficiente para evitar el mal uso de la tercerización y la garantía de que siempre va a haber un responsable por los derechos de los trabajadores.

El fraude o simulación consistiría en pretender ocultar el verdadero empleador en la relación, interponiendo una tercera persona entre el trabajador y el beneficiario del servicio para esa manera evadir responsabilidades y dificultar la acción del trabajador; de allí que excluido el fraude, cabría la posibilidad de que algunas formas, prohibidas en principio, pudieran utilizarse.

El artículo 48 establece las formas de tercerización prohibidas:

> "1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del Derecho Civil o Mercantil.

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral".

Entre los supuestos de tercerización prohibida, la Ley contempla hipótesis que no pueden ser consideradas como tercerización; así, la del numeral 4 se refiere a la simulación de la relación de trabajo. Además, no se puede identificar el fraude laboral con la tercerización, puesto que se puede cometer fraude en el salario, o en la determinación de los beneficios de la empresa a los efectos de establecer el monto de la participación de los trabajadores, sin que ninguna de estas situaciones pueda relacionarse con la tercerización.

Pese a la prohibición de la tercerización, la Ley mantiene la contratación y la subcontratación incluso para la ejecución de obras o servicios que sean inherentes o conexos con la actividad desarrollada por el contratante.

5. Estabilidad absoluta

La terminación de la relación de trabajo por la sola voluntad del empleador se ve seriamente reducida al establecer, como régimen general, la estabilidad absoluta, es decir, la imposibilidad de despedir al trabajador sin la existencia de una falta grave del trabajador que justifique el despido. El trabajador puede demandar ante un tribunal de trabajo la restitución a su puesto de trabajo correspondiéndole al empleador la carga de demostrar la falta. En caso de que el juez califique el despido de injustificado se ordenará el reenganche, estando el empleador obligado a hacerlo y pagar los salarios del tiempo de reposición o salarios caídos, como los denomina la ley.

El trabajador puede optar por no aceptar el reenganche y exigir el pago de una indemnización equivalente al doble de lo que le corresponda por prestaciones sociales (compensación por tiempo de servicios).

Mediante decretos, que se suceden anualmente, se ha modificado este régimen por uno similar al fuero sindical y que se denomina **inamovilidad**, sistema

aún más rígido puesto que requiere de una autorización previa luego de un proceso contradictorio que se desarrolla por ante la Inspectoría del Trabajo. Esto ha traído como consecuencia un relajamiento en la disciplina que debe reinar en las relaciones de trabajo pues los trabajadores comenten faltas graves ante el convencimiento de que no serán sancionados por cuanto la duración de los procesos (algunos duran más de dos años), y la parcialización de la administración del trabajo les garantiza la impunidad.

En el supuesto de que el empleador haya procedido a despedir a un trabajador sin haber cumplido con el proceso previo de solicitar la autorización administrativa, el Inspector del Trabajo procederá a ordenar el reenganche **inaudita parte** y el empleador deberá de inmediato cumplir con la orden de reenganche so pena de que se lo considere en desacato. El Inspector del Trabajo puede solicitar el concurso de la fuerza pública para hacer cumplir su decisión y si el patrono pretendiere obstaculizar el reenganche se considerara que ha incurrido en un delito en situación de flagrancia pudiéndosele imponer una pena de arresto policial entre seis a quince meses.

Las decisiones del Inspector del Trabajo en materia de inamovilidad podrán ser recurribles por ante los tribunales de trabajo, pero para ello será necesario que se demuestre previamente que se ha dado cumplimiento a la orden de reenganche y al pago de los salarios caídos. En nuestro criterio ello constituye una violación al derecho de acceso a la justicia.

6. Libertad sindical

Como se dijo antes, al hacer referencia al afán controlador del Estado puesto de manifiesto en la ley, existe una clara disminución de la libertad sindical y en general de los derechos colectivos. Destaquemos las más importantes.

Si bien se consagra el derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses, las exigencias legales limitan el ejercicio de tales derechos. La ley establece un registro central de las organizaciones sindicales y las obliga a llenar una serie de requisitos formales para su constitución. Entre los supuestos que justifican la negativa para el registro sindical por parte de la Administración, se encuentran dos causales que constituyen una violación a la libertad sindical: la primera causal es la inclusión en la junta directiva provisional de personas que durante el último año fueron inhabilitadas para la reelección por no rendir cuenta de la administración de fondos sindicales; la segunda, es la inclusión en la junta directiva provisional de personas que durante el último año pertenecieron a la junta

directiva de otra organización sindical cuyo periodo se venció y no han convocado a elecciones sindicales.

Asimismo, las organizaciones sindicales que no tengan actualizada su junta directiva no podrán ni realizar negociaciones colectivas ni plantear conflictos. La situación se agrava debido a la intervención del poder electoral en la convocatoria a elecciones sindicales que retrasa en demasía la renovación de las directivas sindicales.

En materia de conflictos colectivos se nota la presencia de una causal de admisión de un pliego de peticiones con carácter conflictivo que de manera sutil limita el derecho a plantear conflictos colectivos. En efecto, el último aparte del artículo 476 contempla que se requiere para admitir un pliego conflictivo que **el patrono o la patrona haya incumplido los acuerdos derivados de la negociación reciente de un pliego de peticiones**. Si tenemos en cuenta la realidad nacional, donde es lo usual que las convenciones colectivas celebradas por el Sector Público tengan varios años de vencidas sin que el Gobierno o las empresas del Estado acepten negociar, este requisito constituye una vía para limitar el ejercicio del derecho a plantear conflictos, pues pudiera alegarse que no se cumple con el requisito del incumplimiento de una negociación recientemente celebrada.

V. CONCLUSIONES

No cabe duda de que se está en presencia de una ley con una concepción política que la inspira muy diferente a la que dominó la legislación anterior, que tampoco encuentra su fundamento en la Constitución de 1999; en suma se trata de una ley de transición hacia un sistema de relaciones de trabajo que no corresponde ni a la realidad económico social actual, ni mucho menos a la de una economía globalizada y altamente dominada por las nuevas tecnologías.

La tendencia autocrática de la que ha hecho gala el actual régimen político imperante en Venezuela, se pone igualmente de manifiesto, tanto en el contenido de la ley, como en la forma como esta y otras leyes laborales han sido aprobadas.

Por lo que respecta al contenido, pese a la profesión de fe en el diálogo social (art. 25), no se prevén medidas para impulsarlo, antes por el contrario, la ley elimina el procedimiento tripartito para la fijación del salario mínimo que había sido previsto en la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

En lo que toca a la forma de legislar, no solo la misma LOTTT fue promulgada a través de un decreto sino también otras leyes especiales, como la Ley para la Alimentación de los Trabajadores, o la Ley para la Dignificación de los Trabajadores y las Trabajadoras Residenciales (conserjes), han sido dictadas a través de este procedimiento.

Por ello resulta apropiado concluir citando el juicio de Rafael Alfonzo-Guzmán sobre la LOTTT, para quien "(…) el decreto ley número 8938 (G.O. 6076, Ext. de 07/05/2012) tendrá una relativa corta duración, ya que no suelen ser estables las leyes totalmente disímiles de sus predecesoras y, en especial, porque la hermosa idealidad de la propiedad colectiva propugnada por Platón, Aristóteles, Aristófanes, Cicerón y Tomás Moro, no logra disimular la fuerza compulsiva de las reglas comunales enunciadas en dicho ordenamiento, extrañas a las costumbres y a la idiosincrasia nacional"[(9)].

(9) ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. "Trascendencia laboral de un miedo. El Socialismo, fantasma de nuestro Derecho del Trabajo". En: *Revista Derecho del Trabajo*. Tomo 16, Fundación Universitas, Barquisimeto. 2013, p. 72.

TRANSPARENCIA SINDICAL: RETOS OPERATIVOS Y NORMATIVOS

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS[1]

Ad Honórem Mario Pasco Cosmópolis

El sentido y temprano deceso del Dr. Mario Pasco Cosmópolis generó un hueco en el Derecho Latinoamericano del Trabajo y de la seguridad social; qué decir de Perú. Sobra hablar de su erudición y el manejo que tenía de los temas correspondientes. Su formación íntegra, como persona y como jurista, diría también que como actor, representó un pilar en la doctrina de nuestras materias. Lo recuerdo en varios Encuentros Iberoamericanos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Puebla, que organizaba Nestor de Buen al final de la década de los años ochenta y al principios de los noventa, y más tarde en un congreso organizado por la Sociedad Mexicana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que me correspondió coordinar como Presidente de la misma. Y recuerdo un paseo por el centro histórico acompañados de un guía peculiar que contaba la historia con autores en el camino; Mario lo disfrutó tanto como nos hizo disfrutar de su disertación en el Congreso Nacional de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ocasión en que sesionó la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que él presidió.

(1) Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del área de Derecho Social en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Coordinadora de Derecho del Trabajo en la Enciclopedia Jurídica Mexicana. Consultora externa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Comisionada en el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Encontré a Mario Pasco igual en Puebla, en la ciudad de México y en Mazatlán como en Buenos Aires que en Montevideo y en Cartagena de Indias, y el último en Santiago, con ese grupo inolvidable de laboralistas que tuve el honor de conocer gracias a mi querido maestro y amigo, el Dr. Nestor de Buen Lozano, ambos promotores de mi ingreso a dicha Academia. Guardo un enorme agradecimiento por tal deferencia y desde luego por sus conocimientos expresados en literatura como en congresos y conferencias que permitieron que se enriqueciera mi cultura laboralista.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional del artículo sexto, publicada en el diario oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014, los sindicatos que reciban y ejerzan recursos públicos son sujetos obligados en materia de transparencia y rendición de cuentas, por lo que se sujetan a la competencia del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, sin que hasta el momento exista la definición legislativa de si son sujetos obligados directos o no, aunque en consideración de la autora lo importante es que se respete el derecho de acceso a la información, sin que esto represente un obstáculo al derecho de autonomía sindical.

II. MARCO NORMATIVO

El 7 de febrero de 2014, se publicó en el diario oficial de la Federación el decreto por el que se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos el artículo sexto que protege el derecho al acceso a la información y los principios que garantizan su maximización, así como la protección de los datos personales(2). Originalmente, en 1977 se in-

(2) Artículo 6. (…)

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

trodujo por vez primera en la Constitución el derecho de las personas a accesar a la información pública, lo que va de la mano con la rendición de cuentas y desde luego un aliado de importancia en contra de la corrupción. Más tarde, en 2002, se reglamentó la disposición y entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que creó el Instituto que actualmente lleva por nombre Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), órgano garante al que se le dieron atribuciones para tutelar ese derecho. En 2007 nuevamente se reformó la Constitución y se reguló el derecho a la protección de datos personales, los llamados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), cuya ley reglamentaria se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio de 2010.

La legislación federal se replicó en ambas materias en la mayoría de las entidades federativas y se crearon distintos órganos garantes con distintas nominaciones y leyes no homogéneas, aun cuando sí con grandes similitudes.

Respecto a la última reforma constitucional, las modificaciones en el diseño institucional del derecho de la información, ampliaron las atribuciones y dotaron

---

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece esta Constitución.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.

(…).

al IFAI de autonomía constitucional. Con esta reforma el Instituto se posicionó en una situación de gran importancia en la vida política nacional y como un fuerte aliado a las acciones en contra de la corrupción[3].

El cambio de naturaleza jurídica de órgano descentralizado a órgano constitucionalmente autónomo lo reviste de gran autoridad jurídica, política y moral. De la lectura de las fracciones I y VIII, párrafo cuarto, del apartado A, del citado artículo 6 constitucional, se observan dos grupos de sujetos obligados: 1) cualquier autoridad de los tres Poderes de la Unión y de los organismos públicos autónomos; y, 2) los partidos políticos, los fideicomisos y los fondos públicos asi como cualquier persona, física o moral y sindicatos, que reciban y ejerzan fondos públicos.

En tales circunstancias, la autoridad del IFAI se extiende a toda entidad o dependencia que reciba recursos públicos, sean personas físicas o morales dentro de los cuales quedan los propios órganos autónomos (el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), Instituto Nacional Electoral (INE), Comisión Nacional de Evaluación (Coneval), la Comisión Nacional de lso Derechos Humanos (CNDH), Banco de México (Banxico), Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (Ineval), Fiscalía General de la República y el propio Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

Se incluye como sujetos obligados a todo fideicomiso que reciba recursos públicos como puede ser el recién creado para la construcción del nuevo aeropuerto internacional de la ciudad de México que tiene un presupuesto de $ 169,000 millones de pesos en una primera etapa,[4] instituciones de educación superior como las Universidad Nacional Autónoma de México, los partidos políticos en general y los sindicatos que reciban recursos públicos y a los que nos referiremos más adelante con algunas precisiones.

En este sentido, la reforma constitucional generó presupuestos legales para brindar mayor fuerza vinculante al IFAI y creó nuevas condiciones jurídicas que benefician a los destinatarios de la información; sin duda, creó nuevos retos

(3) Recientemente la Cámara de Diputados aprobó la creación de la Comisión Nacional en contra de la Corrupción, un órgano que la sociedad civil venía exigiendo tiempo atrás. A la conclusión de este artículo, la ley aprobada para crear dicho órgano pasa a la Cámara de Senadores en donde se espera que sea aprobada sin mayores cambios.

(4) Estos montos revelan la importancia de transparentar su funcionamiento y tener cuentas claras de sus operaciones.

operativos y normativos al momento de salvaguardar los derechos contenidos en el mencionado artículo sexto de nuestra Constitución.

Antes de continuar con nuestra presentación, es importante aclarar que el último decreto que reformó dicho artículo constitucional estableció un año como fecha límite para expedir las leyes reglamentarias correspondientes, esto es, la Ley General de Transparencia, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y la Ley General de Archivos. Esa fecha se cumplió el 7 de febrero pasado y por falta de acuerdos entre los legisladores, las leyes no han sido expedidas. Casualmente ha coincidido, justo entre el 7 de febrero y la fecha en que se redacta este trabajo (9 de marzo de 2015), que la iniciativa de la Ley General de Transparencia, que creará, además, el Sistema Nacional de Transparencia, se encuentre terminada por la Cámara de Senadores pero no ha sido votada por estar aún sometida a fuertes debates entre los propios senadores y en el foro de las organizaciones de la sociedad civil[5]. En virtud de esta condición no resuelta, las siguientes reflexiones y comentarios deben plantear diversas hipótesis.

III. SINDICATOS Y TRANSPARENCIA

¿Qué son los sindicatos? Las asociaciones de trabajadores se han apropiado del término para expresar sus alianzas o agrupaciones constituidas para la defensa de sus intereses como trabajadores, pero la legislación mexicana reconoce también estas alianzas entre los patrones; empero, no resulta una forma tradicional de alinazas entre los empleadores en el espacio laboral mexicano aunque la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex), que tiene mucha ingerencia en los comportamientos de orden laboral, resulta la más representativa de este ejercicio[6]. Y si bien es cierto que al hablar de la transparencia sindical el término nos conduce a sindicatos de trabajadores, las obligaciones legales correspondientes alcanzan también a las organizaciones patronales en caso de que recibieran recursos públicos.

Los sindicatos son asociaciones, lo que en la legislación laboral se conoce como coaliciones permanentes, lo que indica que los trabajadores –o en su caso

(5) Una vez que la iniciativa de referencia sea aprobada se espera que la Cámara de Diputados, como cámara revisora, la pueda pasar con pocos cambios. De su discusión en la misma y su aprobación hasta la publicación en el DOF podrán pasar varias semanas pero puede decirse que el avance es importante.

(6) Coparmex ha sido impulsora de importantes cambios liberales en la legislación laboral y en el comportamiento de las negociaciones colectivas. <www.coparmex.com.mx>.

los patrones– deben constituirse legalmente conforme a lo estipulado en las leyes de la materia, a saber: la Ley Federal del Trabajo (LFT) y la Ley Federal del Trabajo de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE). Esta obligatoriedad de registro marca su pertenencia al espacio laboral y, en consecuencia, excluye la aplicación de las leyes civiles o mercantiles. Esto confirma, que los sindicatos no son asociaciones civiles ni mercantiles, sino exclusivamente laborales cuya validación se ciñe a su registro ante autoridades, como son la Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social (STPS) en el ámbito federal y las juntas de conciliación y arbitraje (JCA) en el ámbito estatal.

En virtud de lo anterior, los sindicatos no tienen naturaleza civil y no son sujetos de Derecho Privado pero tampoco lo son de Derecho Público(7). Su naturaleza se adscribe al derecho social y los convierte en personas morales, sujetos de derecho social, condición que algunas tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación(8) han reconocido como tal. Como personas morales o jurídicas siempre deben acreditar su personalidad lo cual es muy importante toda vez que representan a los trabajadores.

Uno de los temas que más expectativa ha generado en el foro del acceso a la información y la transparencia, es el relativo a la propia transparencia sindical y la rendición de cuentas de estas asociaciones laborales. Estas obligaciones que ya ha impuesto el artículo 6 constitucional se reserva a la condición de que reciban recursos públicos. De antemano es conveniente afirmar que la rendición de cuentas se refiere exclusivamente a los montos del erario que le sean entregados a un sindicato por la razón o motivo que sea.

La iniciativa de ley que se discute no acaba de definir si los sindicatos quedarán como sujetos obligados directos o indirectos respecto de estos deberes, pero sin lugar a dudas la transparencia sindical representa uno de los nichos más importantes para continuar avanzando en la democratización del país. Consideramos que dejarlos como sujetos obligados indirectos, no resulta satisfactorio del todo ya que quien deba rendir cuentas es el ente responsable de la entrega de

(7) Excepto cuando realice actividades que le hagan sujeto de derechos y obligaciones, como puede ser un contrato de arrendamiento; compraventa de distintos artículos, incluso inmuebles; como cuentahabiente bancario; etc. El sindicato puede incluso convertirse en empleador de personal que le preste servicios (…).

(8) Tesis: I.6o.T.25 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo III, febrero de 1996, p. 487, Tesis Aislada (Laboral), SINDICATOS, OTORGAMIENTO DE PODERES POR LOS SECRETARIOS GENERALES.

Tesis: 4a./J. 15/91, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Cuarta Sala, Tomo VIII, octubre de 1991, p. 34, Jurisprudencia (Laboral), SINDICATOS. LOS LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL AMPARO CONTRA LA NEGATIVA DE SU REGISTRO SON SUS REPRESENTANTES, NO SUS INTEGRANTES EN LO PARTICULAR.

recursos públicos y podría descarrilarse el propósito que conlleva la norma concebida por el constituyente.

Es claro que el IFAI puede conocer respecto de cualquier ejercicio de las autoridades que podríamos llamar convencionales, que incida en el acceso a la información y en la rendición de cuentas; sin embargo, ¿en qué supuestos podrá conocer respecto de los sindicatos y de cuáles sindicatos? O más aún ¿hasta dónde la información de los sindicatos es pública? ¿Deben ser sujetos obligados directos o indirectos?

IV. COMPETENCIA DEL IFAI SOBRE LOS SINDICATOS

1. Relaciones laborales entre particulares

La legislación laboral mexicana reglamentaria del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal, en el numeral 360 Ley federal del Trabajo (LFT) reconoce distintas clases de sindicatos: de trabajadores y de patrones[9]. A su vez, los sindicatos de trabajadores pueden conformarse como:

- Gremiales, los formados por trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad;
- De empresa, los formados por trabajadores que presten sus servicios en una misma empresa;
- Industriales, los formados por trabajadores que presten sus servicios en dos o más empresas de la misma rama industrial;
- Nacionales de industria, los formados por trabajadores que presten sus servicios en una o varias empresas de la misma rama industrial, instaladas en dos o más entidades federativas; y
- De oficios varios, los formados por trabajadores de diversas profesiones. Estos sindicatos solo podrán constituirse cuando en el municipio de que se trate, el número de trabajadores de una misma profesión sea menor de veinte.

(9) La LFT rige las relaciones laborales entre particulares.

En tanto que el artículo 361 LFT señala que Los sindicatos de patrones pueden ser:

- Los formados por patrones de una o varias ramas de actividades; y
- Nacionales, los formados por patrones de una o varias ramas de actividades de distintas entidades federativas.

Saltando el orden en que debiera exponerse debe decirse que resulta más complicado, mas no imposible y así lo dejamos ver con anterioridad, que sindicatos patronales reciban recursos públicos, por lo que de antemano no es posible hacer un descarte en la transparencia de estas organizaciones al amparo del artículo 6 constitucional.

En cuanto a los sindicatos de trabajadores, cualquiera puede recibir recursos públicos aunque pareciera más evidente en aquellos casos que se conforman con trabajadores de empresas estatales y que como ejemplo pueden citarse el Sindicato Único de los Trabajadores Electricisistas de la República Mexicana (Suterm) de la la Comisión Federal de Electricidad, el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato de Trabajadores Petroleros de México (STPM).

2. Relaciones laborales de trabajadores al servicio del Estado

El apartado B del mismo artículo 123 constitucional, fracción X, establece el derecho de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses comunes sin que la ley reglamentaria (LFTSE)[10] distinga formas de asociarse, salvo la de federación.

Bajo esta reglamentación quedan todos los sindicatos de burocrátas, que son asociaciones que indiscutiblemente reciben las cuotas de los recursos públicos y corresponden a dependencias gubernamentales como el de los Trabajadores de la Educación (SNTE). Estos sindicatos, igual que los regulados por la LFT, integran su patrimonio con las cuotas de los trabajadores y los apoyos que los empleadores entregan por distintos motivos, como ayudas para las negociaciones del contrato colectivo, o recursos para sostener programas de becas para educación y capacitación o de vivienda así como para fomento del deporte, por citar solo unos cuantos ejemplos.

(10) Esta ley rige las relaciones laborales de los Poderes de la Unión y del Distrito Federal.

a) ¿Sujetos obligados directos o indirectos?

Un sujeto obligado directo es aquel que debe contar con una unidad de enlace para atender los requerimientos de información de los solicitantes recabando esta de las áreas, entidades o dependencias que correspondan, mientras que un sujeto obligado indirecto es aquel que satisface la información solicitada, o la rendición de cuentas a través del sujeto que le suministra los recursos públicos y, por lo tanto, no es necesario que cuente con una entidad para recabar la información y ser enlace entre esta y los solicitantes.

En ese sentido:

i. Ante la hipótesis de que los sindicatos sean sujetos obligados directos, debe presumirse que han de contar con el comité de transparencia (que debe tener una unidad de enlace en los términos del artículo 29 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental (LFTAIG), la cual si bien no se determina de cuantas personas se debe integrar, dependerá del sindicato mismo, de su tamaño y de los recursos que maneje.

Para quienes se oponen a considerar a los sindicatos como sujetos obligados directos, argumentan que los sindicatos pequeños tendrían una carga extra al tener que constituir el comité de transparencia, ergo la unidad de enlace. En tanto que los argumentos en contra de considerar a los sindicatos como sujetos obligados indirectos, es que tal naturaleza desviaría la intención del legislador de transparentar el funcionamiento de los sindicatos respecto de los recursos públicos que reciba por cualquier razón.

V. ALCANCES DE LA INFORMACIÓN SINDICAL

El intento por dilucidar la competencia reside en determinar la información a la que se podrá acceder, lo cual, sin duda, apunta a cualquier sindicato que reciba y ejerza recursos públicos. La información que escape de ese ámbito podría incidir negativamente en otros derechos fundamentales como es la libertad sindical consagrada en la Constitución mexicana en el artículo 123 apartado A, fracción XVI y apartado B, fracción X; reconocida igualmente en instrumentos internacionales de humanos como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16 sobre la libertad de asociación) y la Declaración Universal de los

Derechos Humanos (art. 23 sobre el derecho a la sindicalización), a lo que agregamos que México tiene ratificado el C. 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la libertad sindical(11).

El segundo punto se concreta a determinar hasta dónde puede el IFAI exigir transparencia sindical y su rendición de cuentas como mecanismos para la garantía del derecho al acceso a la información. Sin lugar a dudas, queda en claro que ningún derecho fundamental puede ser transgredido en aras de proteger otro, así como que ningún derecho es absoluto. En este sentido, el Senado de la República debe ser cauteloso en la formulación normativa de las obligaciones de los sindicatos en materia de transparencia y de las facultades del IFAI para obligar a estos colectivos de trabajadores.

No perdemos de vista que un campo en el que ha ganado terreno la opacidad y el abuso de derecho, es respecto a las decisiones cupulares dentro de los sindicatos, inclusive, en perjuicio de los propios trabajadores; no obstante, no podemos caer en el absurdo jurídico de que en el ánimo de intentar garantizar condiciones que hagan factible la apertura de los sindicatos a procesos democráticos, se incurra en actos que pongan en juego la vigencia de otros derechos fundamentales y del Estado de derecho como es la propia libertad de sindicalización.

Así, el hecho de que algunos sindicatos –de trabajadores al servicio de organismos públicos en concreto– reciban y ejerzan recursos públicos, genera el derecho de cualquier persona para conocer su origen y destino, por lo que es aplicable el principio constitucional de máxima publicidad. Lo que es importante es dilucidar las obligaciones de transparencia que corresponden exclusivamente al ámbito laboral (exclusiva para los agremiados sobre los fondos sindicales) y las que atañen a la información meramente pública, (incluidos desde luego los trabajadores pero abierta a la sociedad).

La obligación de rendir cuentas siempre ha estado presente en las relaciones entre el sindicato y sus agremiados ya que los artículos 371, fracción XIII y 373 de la LFT establecen una serie de obligaciones a cargo de los sindicatos para incorporar en sus estatutos mecanismos de rendición de cuentas por la directiva para los agremiados en lo que se refiere a la administración del patrimonio sindical, lo que constituye un derecho de los agremiados para conocer la administración y el destino que tienen las cuotas que aportan con motivo de su afiliación y el capital o patrimonio que forme o tenga el sindicato correspondiente.

(11) México no ha ratificado el C. 98 OIT.

Lo anterior representa un aspecto relevante en el sentido de proteger tanto la libertad sindical en sus sentidos positivo y negativo, ya que derivado de la información o rendición de cuentas que les proporciona la directiva del sindicato, pueden proceder con las acciones que la legislación laboral les permite.

Asimismo, mediante la reforma a la LFT, publicada en el diario oficial de la Federación, el 30 de noviembre de 2012, se incluyó el artículo 365 Bis que impone la obligación a la STPS y a las JCA, según sea competencia federal o local, de publicitar la información de los registros de los sindicatos. Igualmente, deberán expedir copias de los documentos que obren en los expedientes de registros que se les soliciten, en términos del artículo octavo constitucional que obsequia el cumplimiento del derecho de petición y de lo dispuesto por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y de las leyes que regulen el acceso a la información gubernamental de las entidades federativas, según corresponda.

En ese mismo sentido, los artículos 391 Bis y 424 Bis LFT establecen las mismas obligaciones a esas autoridades de publicitar el contenido de los contratos colectivos y reglamentos interiores de trabajo, en los tres casos con la preferencia para que esa información se encuentre en las páginas web de las autoridades correspondientes.

Como podemos observar, la LFT hace referencia a la aplicación de la normativa de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, no obstante regular relaciones de trabajo entre particulares y de organismos descentralizados[12] lo que representa un segundo gran cuestionamiento y gira en torno a si la información de los sindicatos no gubernamentales debe de sujetarse a normas que se encuentran diseñadas para entes públicos. Esta duda tiene una respuesta concreta: la información y rendición de cuentas es exclusivamente sobre los recursos públicos que el sindicato reciba por cualquier medio o bajo cualquier justificación.

(12) A la fecha de escribir este artículo se encuentra entregada al H. Senado, una iniciativa de ley que modifica el estatus de los trabajadores al servicio de organismos descentralizados para pasarlos al régimen de los trabajadores al servicio de la Unión y del Distrito Federal, un asunto no menor en cuanto al cambio de condiciones que perjudica a este sector. Se trata de una iniciativa sobre la que se conoce el contenido y el dictamen pero no hay aprobaciones hasta esta fecha (09/03/2015).

VI. LA LIBERTAD Y AUTONOMÍA SINDICAL

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, es un factor que no debemos perder de vista en el tema que analizamos por dos cuestiones fundamentales. Por un lado, se le impone la obligación de que todas las autoridades *en el ámbito de sus competencias* promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos. Y, en ese mismo sentido, se le otorga un rango de supremacía constitucional a las normas que protegen estos derechos contenidas en los tratados internacionales en que México es parte.

Lo anterior es importante porque en el proceso de creación de las leyes reglamentarias del artículo sexto de la Constitución no pueden cometerse actos que vayan en contra de lo que manda el artículo primero constitucional y, en el caso específico de la transparencia sindical, que no contravenga el Convenio 87 de la (OIT) que forma parte de los considerados derechos humanos laborales, que constituyen ley suprema de la Unión.

En este sentido, el convenio 87 de la OIT referente a la autonomía y libertad sindical, debe ser considerado como criterio interpretativo de las normas en materia de derechos humanos, entre ellas la actual Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y de la futura Ley General (ahora en discusión como se señaló antes).

Por ello, ante la posible colisión de derechos entre el acceso a la información y la libertad sindical, siempre deberá realizarse un ejercicio de ponderación que permita dar cumplimiento a las disposiciones de transparencia, sin transgredir derechos de los sindicatos como sujetos del derecho del trabajo y que tienen entre sus prerrogativas el derecho a no tener injerencia externa de ningún tipo, por lo que confirmamos lo mencionado antes: los únicos que pueden pedir cuentas a los sindicatos son sus propios agremiados, situación considerada en la legislación laboral. Como antes se expresa, son ellos los que cubren sus cuotas sindicales que forman parte del patrimonio del sindicato y a ellos corresponde tener la información y, en caso necesario, les corresponde denunciar el mal manejo que pudiera darse a dicho patrimonio.

VII. TRANSPARENCIA SINDICAL Y CRITERIOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Aunque escasos, el Poder Judicial de la Federación ha emitido criterios importantes que sirven para considerar un primer esbozo respecto de ejercicios de

ponderación respecto de los derechos sindicales, la transparencia y rendición de cuentas.

En el 2010, la Segunda Sala de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 333/2009 y emitió la jurisprudencia 2a./J. 118/2010 en materia administrativa en la que determinó que el monto total al que ascienden las cuotas sindicales aportadas anualmente por los trabajadores de Pemex no constituye información pública que deba darse a conocer a los terceros que lo soliciten sin autorización del sindicato, ya que este monto constituye parte del patrimonio sindical perteneciente a una persona jurídica de derecho social y un dato que, si bien está en posesión de una entidad gubernamental como Pemex, se obtiene por causa del ejercicio de funciones ajenas al Derecho Público, ya que tal información está en poder de dicho organismo descentralizado por virtud del carácter de empleador que tiene frente a sus empleados, a través de la obligación de retener mensualmente las cuotas sindicales aportadas para enterarlas al sindicato, máxime que el monto de las cuotas sindicales forma parte del patrimonio del sindicato y su divulgación importaría, por un lado, una afectación injustificada a la vida privada de dicha persona de derecho social, lo que está protegido por los artículos 6, fracción II, y 16 constitucionales, por otro lado, una intromisión arbitraria a la libertad sindical, por implicar una invasión a la facultad que tiene el sindicato de decidir si da o no a conocer parte de su patrimonio a terceros, lo que está protegido por los artículos 3 y 8 del Convenio 87, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección al Derecho Sindical[13].

Por el contrario, en la Tesis I.1o.A.16 A (10a.), emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, se indicó que al resolver la contradicción de Tesis 333/2009, la Segunda Sala de la SCJN estableció que para determinar si la información con que cuenta Pemex, relativa a los montos que entrega a su sindicato es pública o no, se debe atender a su fuente de obtención, esto es, si su fuente se encuentra en el Derecho Público y es obtenida en ejercicio de sus funciones como ente público, entonces se debe considerar de esa naturaleza; pero si la fuente de obtención se halla en el derecho privado y en sus funciones como patrón, entonces se debe considerar privada por referirse a la vida interna del sindicato.

Ahora, de la interpretación de los artículos 2, 3, penúltimo párrafo y 4 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, vigente hasta el 28 de noviembre de 2008, se advierte que Pemex, como organismo descentralizado de la administración pública federal, cuenta con un patrimonio propio que

(13) Petróleos Mexicanos.

puede estar constituido por diversos recursos y ser aplicado para el cumplimiento de los convenios, contratos o pactos que celebre con personas físicas o morales, siempre que se relacionen con su objeto, como ocurre con el Contrato Colectivo de Trabajo 2011-2013, celebrado con el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, de cuyo análisis se advierte que dicho organismo descentralizado asumió la obligación de pagar a su sindicato cantidades adicionales a las que debe entregar con motivo de los descuentos que realiza al salario de los trabajadores por concepto de cuotas sindicales, en términos del artículo 110, fracción VI, de la LFT, cantidades que, por ende, se entregan con cargo a su patrimonio, sujeto a la obligación de rendición de cuentas.

Por lo tanto, la información relativa a las cantidades distintas de las cuotas sindicales que Pemex debe entregar a su sindicato con cargo a su patrimonio se debe considerar pública, en tanto se refiere a datos que provienen del ejercicio de sus funciones de derecho público, como es la aplicación de recursos para el cumplimiento de su objeto.

En ese mismo sentido, en la jurisprudencia PC.I.A. J/2 A (10a.) del Pleno de Circuito determinó que Pemex y sus organismos subsidiarios (Pemex-Exploración y Producción; Pemex-Refinación; Pemex-Gas y Petroquímica Básica; y Pemex-Petroquímica), constituyen entidades que, conforme a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, están obligadas a proporcionar a los terceros que lo soliciten aquella información que sea pública y de interés general, como es la relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, pues implica la ejecución del presupuesto que les haya sido asignado, respecto del cual, el Director General de ese organismo descentralizado debe rendir cuentas, así como los informes que dichas personas les entreguen sobre el uso y destino de aquellos; así, los recursos públicos que esos entes entregan al Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana por concepto de prestaciones laborales contractuales a favor de sus trabajadores, constituyen información pública que puede darse a conocer a los terceros que la soliciten, habida cuenta de que se encuentra directamente vinculada con el patrimonio de los trabajadores aludidos, relativa al pago de prestaciones de índole laboral con recursos públicos presupuestados, respecto de los cuales existe la obligación de rendir cuentas, y no se refiere a datos propios del sindicato o de sus agremiados cuya difusión pudiera afectar su libertad y privacidad como persona jurídica de derecho social, en la medida en que no se refiere a su administración y actividades, o a las cuotas que sus trabajadores afiliados le aportan para el logro de los intereses gremiales.

No obstante que no se ha llegado a un consenso, por ahora es factible arrogar una posible respuesta a los esbozos formulados al inicio; es decir, que la información que debe ser pública *a priori*, es aquella que se relacione con el ejercicio de recursos públicos por parte de los sindicatos que los reciban.

Ahora bien, debemos considerar que la actual Ley Federal que regula el derecho de la información fue publicada hace apenas 12 años; es decir, aunque los esfuerzos se han unido por mejorar las prácticas de la transparencia y la rendición de cuentas en el ánimo de limitar al poder público y construir más espacios para la democracia, lo cierto es que en algunos aspectos el país continúa en ciernes, por lo que no debemos entregarnos al frenesí de la ignominia ni de las aspiraciones irreflexivas. Por el contrario, debemos seguir esforzándonos para llevar a mejor puerto las nuevas obligaciones constitucionales, de tal forma que se logre garantizar el bloque de derechos que hasta ahora hemos conquistado; por ello, hoy más que nunca debemos ser cautelosos y actuar siempre de forma equitativa, en aras de favorecer la máxima publicidad y garantizar a los trabajadores que su libertad se encuentra fuera de riesgos.

VIII. CONCLUSIONES

Los sindicatos son sujetos de Derecho social y deben regirse por las materia que en lo laboral estén vigentes, así como cualquier otra disposición que se contenga en otras normas (leyes, códigos, reglamentos); como en las disposiciones sobre transparencia.

Los agremiados son los únicos que tienen facultades para exigir la rendición de cuentas de los comités directivos de sus sindicatos; sin embargo, respecto de los recursos públicos que esos reciban, por cualqier motivo, el derecho de acceso a la información es de toda la sociedad.

En la rendición de cuentas de sindicatos es fundamental proteger la libertad sindical y la libertad de gestión de estos, con las limitaciones que cualquier norma le imponga.

EL DAÑO MORAL POR LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON OCASIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR Y EL NUEVO PROCESO LABORAL

GABRIELA LANATA FUENZALIDA[1]

Este artículo analiza la naturaleza jurídica de las indemnizaciones contempladas por el legislador frente a un despido abusivo y la posibilidad de obtener la indemnización del daño moral que se le pueda haber ocasionado al trabajador. O, lo que es prácticamente lo mismo, la posibilidad de accionar en el procedimiento de tutela en que se ventila la acción por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido con la mira de obtener una indemnización por daño moral de manera independiente al pago de las indemnizaciones tarifadas que impuso el legislador.

I. A MODO INTRODUCCIÓN

Fue gracias a mi interés en el Derecho Procesal del Trabajo que tuve el honor de conocer a Mario Pasco Cosmópolis, pero nunca esperé ser parte de un libro escrito en su memoria. No se trata para mí de un simple artículo más y me ha costado mucho asumir este desafío, porque sea lo que sea que escriba, creo que es difícil que esté a su altura. Agradezco la confianza depositada en mí para ser merecedora de este privilegio.

(1) Abogada, profesora titular y directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de Concepción, Chile.

Una de las enseñanzas de Mario, y que ha fortalecido mi estudio del Derecho Laboral, fue la clara idea de que no puede concebirse ni aplicarse de forma aislada a las demás disciplinas jurídicas que conforman el Derecho.

> "A estas alturas –escribió– debe quedar claro que la autonomía no es un simple prurito de especialistas, ni un mero timbre de orgullo o prestigio para sus cultores, ni una banal disquisición teórica, sino una cuestión de la que derivan importantes consecuencias. Una posición extrema en una u otra tendencia encierra riesgos, pues la posición autonomista a ultranza obligaría no únicamente a una elaboración integral, cuanto a su plasmación en normas positivas concretas, con el constante peligro de la creación de lagunas que no podrían ser suplidas con el auxilio de otras disciplinas y la innecesaria duplicación normativas de reglas que son universales. La indiferenciación de los procesos laborales, en la otra orilla, podría teñirlos de tintes privatistas totalmente inadecuados a su especificidad y a su finalidad"(2).

Es la aplicación de este planteamiento el que me he atrevido a aplicar. Y si bien lo refería al Derecho Procesal, lo estimo aplicable también a los aspectos sustantivos del Derecho del Trabajo.

En efecto, la reforma procesal laboral parece haber constituido el punto culminante en la búsqueda de la protección a los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo y como suele suceder, la nueva normativa ha ocasionado también nuevos problemas de interpretación. El que pretendemos abordar dice relación con el lugar que ocupa o puede ocupar el pago de la indemnización de los daños extrapatrimoniales al trabajador en aquellos casos de vulneración de sus derechos fundamentales por quien ejerce funciones como empleador. Si bien este fue presentado como uno de los grandes logros en los avances procesales en el país, denominándolo procedimiento de tutela laboral, no se trata en realidad de un especial procedimiento, sino del mismo calificado como de aplicación general dotado de ciertas especialidades propias de la materia de fondo a la que sirve. Por otro lado, presenta un aspecto de innegable trascendencia, que se traduce en la instauración de un verdadero régimen de responsabilidades acentuadas cuando de la infracción a derechos fundamentales se trata.

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., AELE, Lima, Perú, 1997, pp. 31-32.

II. ANTECEDENTES

Antes de la vigencia del nuevo régimen procesal parecía que la idea de subordinación y dependencia, que ha marcado por tanto tiempo la aplicación misma del Derecho Laboral, había calado hondo en los espíritus de nuestra sociedad, entendiéndola en sentido tan amplio que, por momentos, hizo pensar que el trabajador debía aceptar pacíficamente que todos los aspectos de su esfera extrapatrimonial se vieran afectados en alguna medida, como una consecuencia natural y necesaria del ejercicio de su función laboral. Agudizó el problema la verdadera reticencia legislativa a aceptar de manera amplia la competencia de los tribunales del trabajo para conocer de estas materias, aun cuando en algún momento habían reconocido la posibilidad de decretar la indemnización del daño moral más allá de los montos a que se llegaba producto de las indemnizaciones tarifadas establecidas en la ley(3).

Un autor chileno haciendo referencia a la reticencia a reconocer la procedencia de la indemnización de todo daño causado al co-contratante en un contrato de trabajo sostuvo ya en una publicación del año 1996: "Si se llega a concluir que es imposible obtener reparaciones compensatorias, tendríamos que entender que el sistema chileno de reparación de daños es de los más absurdos, ya que habría un solo contrato, cuyo incumplimiento por alguna de las partes al terminarlo sin justificación, no genera un deber de reparación integral, a diferencia de todos los demás de derecho común y aún de índole puramente patrimonial. en efecto, en estos, el principio de reparación integral solo sufre limitaciones dispuestas por el contenido del contrato, que determinan la previsibilidad de los daños, de forma que en presencia de culpa el límite queda dispuesto en los daños directos previstos (art. 1558 c. civil); pero no existen límites en cuanto a la naturaleza de los daños, sean ellos patrimoniales o no (…) pero no ocurriría otro tanto en materia de contrato de trabajo, aunque se trate de una relación jurídica referida más estrechamente a la persona y a su derecho a trabajar. Sería entonces más grave, a

(3) Aludimos a la situación del despido injustificado, indebido o improcedente que puede afectar al trabajador, figura que no implica necesariamente la lesión a derechos fundamentales inespecíficos. En otras palabras, no todo despido puede ser calificado como abusivo a aquellos. En nuestro sistema, esta situación impone el pago de la indemnización por años de servicios tasada por el legislador (treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicios y fracción superior a seis meses, con tope de trescientos treinta días) con el recargo de determinado porcentaje indicado en la ley. Ha sido este recargo el que fue considerado como resarcitorio de los perjuicios extrapatimoniales ocasionados al trabajador, cuestión que en general vino a facilitarle las cosas al liberarlo de la carga de la prueba del daño moral que se le pudiera haber ocasionado. Sin embargo, la Corte Suprema en un fallo del año 2000 sostuvo la tesis de la posibilidad para aquel de acreditar que con la indemnización tasada no quedaba debidamente resarcido, en cuyo caso podía imponerse al empleador una indemnización de monto mayor, en la medida que rindiera prueba suficiente de ello (causa rol 3.680-2000, de 12 de julio de 2001).

efectos reparatorios, incumplir una compraventa o una hipoteca, que un contrato de trabajo, generándose así un sistema a todas luces absurdo y de difícil justificación constitucional"[4].

Curiosamente, esta cita no emana de un especialista en Derecho Laboral, sino de un eminente profesor de Derecho Civil, Dr. Ramón Domínguez Águila, quien, puede considerarse pionero en la obtención del resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales para el trabajador, sujetándose a normas civiles a través de las cuales obtuvo lo que las laborales parecían negarle.

Si bien Domínguez ya en 1998, en un comentario a uno de los primeros fallos pronunciados sobre la materia al fallo aludido[5], había estimado zanjada toda discusión, los pronunciamientos de la Corte Suprema no fueron uniformes, aun cuando hay que destacar que el año 2000 pareció establecer el criterio de que si bien los recargos las indemnizaciones tarifadas contempladas en el Código Laboral cubrían el daño moral, ello no excluía que, en casos especiales –si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido– pudiera reconocerse a favor de este último una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral.

Desde ya se debe dejar en claro que, siguiendo los planteamientos del profesor citado, estimamos que todo daño emanado directa o indirectamente del contrato de trabajo o de la relación laboral que unió a las partes, debe ser indemnizado y ello, no obstante el régimen de indemnizaciones tarifadas que se han establecido en relación con el término del contrato. Lo dicho es una manifestación del deber de reparación integral del daño y, como quiera que sea, no puede perderse de vista que de lo que estamos hablando es de la procedencia de indemnizar los daños que el empleador le pueda haber ocasionado al trabajador contratante que, aunque parezca una afirmación evidente, está subordinado y depende de su co-contratante causante del daño.

Por otra parte, y si bien es cierto que el **Código del Trabajo define el contrato** resaltando la obligación de prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación a cambio de una remuneración determinada, ello no implica el desconocimiento de otras obligaciones que el propio Código Laboral se ha encargado de reconocer. En otras palabras, al celebrar un contrato de trabajo las

(4) DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. "Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores". En: *Responsabilidad civil del empresario*. Cuadernos de Extensión, Nº 1, Universidad de Los Andes, 1996, pp. 19 a 33.

(5) DÓMINGUEZ, ÁGUILA, Ramón. "Reparación del daño moral por despido injustificado". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, Nº 2, 1998, p. 433. Comentario a jurisprudencia.

partes no solo han contraído tales obligaciones, sino que también otras de no menor importancia, entre las que se cuenta la del empleador de velar por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, obligación consagrada expresamente en el artículo 5 del Código del Trabajo y resguardada en el inciso final del artículo 154 del mismo texto.

Como señala el autor Caparrós, para analizar las obligaciones que rigen la relación laboral debe tenerse en claro qué es lo que se pone en juego en esta clase de vínculos(6). Parece ser que la doctrina que se ha divulgado en mayor medida en nuestro sistema es la germánica, que junto a la relación de trabajo servil, por medio del cual un hombre libre se ponía al servicio de otro que le concedía a cambio protección, ayuda y representación. Pero a la vez, este contrato, hacía surgir un vínculo personal de fidelidad recíproca, que se emparentaba con los vínculos familiares, y se hacía participar a quienes se unían por medio de él en una misma comunidad de derechos y deberes(7).

Las infracciones a este tipo de obligaciones fácilmente puede provocar una lesión a los derechos extrapatrimoniales del trabajador, pudiendo, incluso, ser constitutivas también de un delito civil(8).

El tema no ha constituido una cuestión pacífica y llama la atención que haya sido tan difícil aceptar la procedencia de estos daños y de su resarcimiento en el contrato de trabajo, atendida su general, amplia y cada vez más común aceptación en materia contractual.

III. LA SITUACIÓN ANTES DE LA VIGENCIA DEL NUEVO PROCESO LABORAL

El tema, eso sí, no siempre había sido rechazado por la jurisprudencia. Previo a la vigencia del nuevo proceso que, de alguna manera cambió la realidad, la Corte de Apelaciones de Concepción(9) reconoció el carácter contractual de las conductas discriminatorias desempeñadas por una empresa que había atentado en

(6) CAPARRÓS, Fernando. "Obligaciones de las partes". En: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 9.

(7) Ibídem, p. 10, citando a SUPIOT, Alian. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Informes y Estudios del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 29 y ss.

(8) PRADO LÓPEZ, Pamela. "Reparación del daño moral al trabajador". En: *Revista Laboral Chilena*. Nº 136, mayo de 2005, p. 79.

(9) Corte de Apelaciones de Concepción, rol 124-2009.

contra de la libertad sindical, al entregar un bono a los trabajadores no sindicalizados y a aquellos que, en determinado plazo, renunciaran al sindicato a que se encontraban afiliados. Se sancionó a la empresa por haber incurrido en prácticas antisindicales, y se la condenó a la indemnización del daño material ocasionado con el proceder discriminatorio. La indemnización del daño moral, también demandada, no fue acogida, por no haber sido este probado por los actores, pero se reconoció su eventual procedencia en esta materia. Se aclaró en la sentencia que el Código del Trabajo no establece normas generales en materia de responsabilidad contractual, limitándose a indicar el camino a seguir frente a ciertos incumplimientos de las obligaciones contraídas en el contrato, como ocurre con el no pago de remuneraciones, en que indica que deben ser reajustadas y pagarse con el respectivo interés o en materia de terminación de contrato, cuando no se ha invocado la causal correcta o esta no ha resultado acreditada; pero no ha indicado el proceder frente a los demás incumplimientos contractuales en que se puede incurrir, como es el caso de la infracción del empleador a su obligación contractual de no discriminar, establecida en el artículo 2 del Código del Trabajo. En síntesis, nuestro Código nada dice en cuanto a las consecuencias que se siguen a la infracción a la norma o, lo que es lo mismo, a la obligación contractual del empleador de no ejecutar acciones discriminatorias, lo que se estimó que no podía ser entendido como un impedimento para el trabajador de demandar una indemnización frente a un incumplimiento patronal manteniendo la vigencia de la relación laboral, pues ello implicaría obligarlo a soportar incumplimientos indebidos del empleador e, incluso, tratos vejatorios, por no perder su fuente de trabajo o no convenirle obtener indemnizaciones que podrán ser de escaso monto al depender de su antigüedad en la empresa.

El fallo resulta interesante por cuanto, reconociendo que el Derecho del Trabajo nace frente a la insuficiencia de las normas contractuales civiles para dar respuesta a una relación contractual, en que las partes no están en un plano de plena igualdad, acepta, sin embargo, la aplicación de las normas del Derecho Civil en los diversos aspectos del desarrollo del contrato de trabajo que no han sido previstos expresamente por el Derecho Laboral, ya sea en el Código del Trabajo o en su legislación complementaria. Reconoció que el caso planteado en estos autos se desenvuelve en el campo de la responsabilidad civil, materia que no ha sido regulada de manera general en el Código del Trabajo, el que se ha limitado a establecer determinadas indemnizaciones tarifadas a pagar en ciertas situaciones también delimitadas, aun cuando en diversas normas se establecen obligaciones para las partes a las cuales no se les ha aparejado una consecuencia jurídica, como ocurre, precisamente, con aquella en que se atribuye a la obligación de no discriminación el carácter de obligación contractual, aun cuando nada se dice

de las consecuencias de su infracción. Se ha escrito "La responsabilidad civil es un instituto de aplicación transversal en nuestro derecho, por lo que no se divisa razón para excluir a las relaciones laborales en caso que producto del desenvolvimiento de las mismas se cause daño a alguno de los sujetos, como ocurre en el caso de acoso moral laboral"(10). No se advierte razón para que tal principio no encuentre aplicación en el desarrollo de un contrato de trabajo.

Como puede apreciarse, era factible recurrir a las normas comunes del Derecho Civil al no existir un tratamiento completo del tema en el Derecho del Trabajo, lo que muestra cómo, en ocasiones, la protección de aquella disciplina puede tornarse más ventajosa para el trabajador que aquella conferida por las normas que, se entiende, fueron creadas precisamente para acentuar su protección.

Como se analizó, ha existido un singular desarrollo de la teoría inherente al respeto de los derechos fundamentales del trabajador pero, no obstante ello, cada vez que se menciona en órganos oficiales el tema del daño moral ocasionado al trabajador, se reacciona con temor y reticencia.

IV. LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL NUEVO PROCESO LABORAL

Por extraño que parezca, la dictación de nuevas normas procesales ha implicado un gran cambio en la materia, no por haber intentado solucionar algunos de los problemas suscitados por el régimen anterior, sino por haber introducido un verdadero régimen de responsabilidad civil, relacionado con la trasgresión a determinados derechos fundamentales del trabajador.

Nuestra nueva normativa procesal consagró, eso sí, un sistema judicial de protección, que no pudo desligarse del contenido contractual de la relación laboral y del respeto al derecho del empleador de organizar la empresa, combinación que desembocó en una especie de cumplimiento por equivalencia de la obligación de respeto a los referidos derechos, al mantener la validez de actos vulneratorios, acompañada esa validez del pago de determinadas indemnizaciones. Si bien la idea emana del sistema español, en este punto se apartó radicalmente, aun cuando se mantuvo la norma que impide la acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela (ya contemplada en el artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral española) lo

(10) GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P. *El mobbing o acoso moral laboral*. Editorial LexisNexis, 2006, p. 97.

que ha llevado a afirmar la existencia de una "expulsión" de determinadas cuestiones litigiosas del ámbito del proceso de tutela, tales como el despido y las demás causas de extinción del contrato de trabajo, la vacaciones, materias electorales, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y la impugnación de los convenios colectivos, lo que quedan entregados a la modalidad procesal correspondiente(11), reconociéndole con ello una trascendencia superior a las de los simples incumplimientos de obligaciones de prestación.

El procedimiento de tutela laboral presenta, en lo que ahora interesa, dos variantes: una que podríamos denominar propiamente tal(12) y otra que regula el denominado despido abusivo de derechos fundamentales, esto es, el procedimiento establecido para aquellos casos en que la vulneración de los derechos fundamentales amparados por el procedimiento de tutela laboral se hubiere producido con ocasión del despido.

Respecto del primer caso, la posibilidad de imposición de la indemnización del daño moral no ha merecido mayores dudas, pues ha sido el propio legislador quien ha dispuesto que la sentencia que resuelva la existencia de la vulneración contenga la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales(13) (por ejemplo capacitación, publicidad, disculpas públicas) **incluidas las indemnizaciones que procedan**, expresión que abrió la puerta a la imposición de la indemnización del daño moral

(11) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales". En: *Derecho del Trabajo y Razón Crítica*. Gráficas Varona S.A., Salamanca, p. 343.

(12) Contenida básicamente en el artículo 485 del Código del Trabajo.

(13) Así, a vía de ejemplo puede citarse la sentencia dictada en causa T-33-2012, del Juzgado de Letras de Concepción) en que se condenó a la denunciada a la publicación de la sentencia que declaraba la existencia de acciones discriminatorias en contra de un trabajador en, a lo menos, un lugar visible de la repartición y por un lapso no inferior a un mes, con el objeto que su personal tuviera pleno conocimiento de la misma y no se sintiera amedrentado por accionar judicial o administrativamente en su contra, debiendo informar al tribunal su publicación a objeto que funcionario habilitado por este concurriese a verificar el cumplimiento de la medida, bajo apercibimiento de multa. Asimismo, dispuso la ejecución de las acciones necesarias para contratar un psicólogo experto en clima organizacional y laboral a fin de que compusiera las relaciones entre pares y con la jefatura en un plazo prudente, que no podría exceder de seis meses, bajo el mismo apercibimiento.

En otra ocasión, en un caso de gran conmoción pública se acogió la denuncia por discriminación religiosa disponiendo la reincorporación de la trabajadora afectada y la prohibición de asignarle cono jefes a tres de los involucrados en los hechos y, además, destinarlos a lugares de trabajo diferentes a aquellos en que se desempeñaba la trabajadora afectada, debiendo realizar las gestiones necesarias para evitar cualquier contacto entre ellos. Adicionalmente, se dispuso la realización de una capacitación para la totalidad de los empleados de la demandada, a fin de desarrollar competencias para un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados y a publicar en los diarios murales del lugar una carta de disculpas a la trabajadora afectada en la cual expresamente debía reconocer la existencia de actos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, la cual además debía adjuntarse a la liquidación de remuneraciones de todos los trabajadores de la misma (causa T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago). Ambas sentencias disponibles en <www.pjud.cl>, página consultada el 20 de octubre de 2014.

causado al trabajador. Cabe adelantar que esta norma regula de manera genérica el contenido de la sentencia, es decir, cualquiera que sea el motivo por el cual se inició el procedimiento.

En la segunda hipótesis se advierte con mayor fuerza el reconocimiento legislativo al carácter esencialmente contractual que impregna la relación laboral y que, en nuestra realidad, se traduce en la preferencia del trabajador a la pérdida de su fuente de trabajo si va acompañada de una buena indemnización, antes que invocar la tutela en su desarrollo respetuosa de los derechos fundamentales. Tan es así, que la mayor parte de las causas ventiladas ante los tribunales obedecen a esta fórmula. Corrobora lo señalado, las consecuencias de la declaración de la existencia de un despido abusivo, cual es, el pago de una indemnización y solo por excepción la reincorporación del trabajador, a petición de este, en el caso de haber mediado discriminación grave.

De estimar el sentenciador que la vulneración del derecho fundamental se ha producido con ocasión del despido debe condenar al empleador demandado al pago de las indemnizaciones propias del despido común(14) y a una adicional cuyo monto determina el propio juez, pero que "no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual devengada". Se trata, como se aprecia, de una nueva indemnización tarifada lo que ha llevado a preguntarse si cabe demandar la indemnización de daño moral en forma adicional al recargo indicado o si debe considerarse que con esa indemnización tarifada se encuentra este debidamente resarcido. Desde los comienzos de la aplicación del nuevo proceso laboral la situación no ha tenido una respuesta clara.

En efecto, la doctrina nacional no está conteste en la naturaleza jurídica de esta última indemnización que puede denominarse adicional. Gamonal postula que "no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal por años de servicios"(15). Ugarte, en cambio, considera que la referencia que el artículo 495, numeral 3, hace a la inclusión de las indemnizaciones que procedan, se refiere a la reparación del daño moral, "ya que la única indemnización que podría proceder, adicional a las

(14) Esto es, aquel que no ha implicado la vulneración sustancial de las garantías amparadas por el procedimiento de tutela.

(15) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 39.

que ya están reguladas expresamente en la ley, corresponde a las de este tipo"[16]. Sin embargo, el autor hace referencia al pago de otros rubros que, en realidad, vienen a ser indemnizaciones por el daño material causado a los trabajadores producto del despido abusivo, como ocurriría en el caso de que en razón de la conducta lesiva el trabajador haya dejado de recibir un beneficio salarial, es decir, reconoce la posibilidad de que se engloben en esas otras reparaciones, también aquellas destinadas a resarcir el daño material ocasionado al trabajador[17]. Sintetiza el tema explicando que la ley determina una indemnización propiamente laboral, tasada, que cubre el daño económico por el despido, el recargo indemnizatorio por la causal, en conformidad al artículo 168 y una indemnización que califica de sancionatoria fijada discrecionalmente por el juez.

Desde ya, y adelantando ideas, no me parece que con la denominada indemnización adicional se esté amparando la antigüedad del trabajador ni tampoco que se trate de una indemnización sancionatoria diversa a cualquier otra indemnización ni una tarifada del daño moral. Sobre ello se volverá más adelante.

Debe recordarse que nuestro sistema de regulación laboral no contiene una teoría general de responsabilidad, resultando aplicables la contenida en el Código Civil en lo no modificado por el laboral. No resultan extrañas a las normas civiles la posibilidad de que la evaluación de los perjuicios sea entregada al juez, no existiendo inconveniente que, como ocurre en la especie, se produzca una combinación de ambas fórmulas, pero ello nada tiene que ver con la naturaleza misma de la indemnización que se impone. Desde ya, no parece ser una sanción impuesta al empleador. Ello implicaría considerar que la lesión a los derechos fundamentales de una persona tiene menor valor en cuanto menor sea su remuneración, referencia utilizada por el legislador para la determinación de su monto. Por otra parte, concuerdo con la idea sostenida por Tapia[18] quien apunta que la responsabilidad civil implica siempre la violación de una obligación preestablecida; busca, entonces, **sancionar** un incumplimiento, pero ese incumplimiento se sanciona a través de la indemnización de los daños y perjuicios que se impone al infractor[19]. Por lo demás, la propia ley hizo referencia a ello calificándola de

(16) UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador.* 3ª ed., Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 90.

(17) Ibídem, p. 89.

(18) TAPIA SUÁREZ, Orlando. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. 2ª ed., Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, p. 443.

(19) En este mismo sentido, Pablo Rodríguez, para quien, cuando dos sujetos están ligados por un contrato existe una conducta "programada"; si no se realiza, su consecuencia es que deberá compensar a la persona afectada en sus bienes o intereses, es decir, se genera una conducta de reemplazo destinada a substituir el incumplimiento contractual, que tiende a restaurar el orden "programado" por la ley o el contrato de manera que logren, por medio equivalente, los mismos objetivos expresados en el respectivo

indemnización[20]. Cierto es que, a primer vista y dada la especial naturaleza de la infracción contractual cometida por el empleador resulta fácil pensar que lo que se está indemnizando con esta denominada indemnización adicional pueda ser el daño moral ocasionado por la lesión a los derechos fundamentales. Así entonces, cuando el artículo 495 Nº 3 del Código del Trabajo agrega a la indicación de las medidas concretas que debe adoptar el juez, la mención de "las indemnizaciones que procedan" bien puede referirse a las ya indicadas en su artículo 489, pues como quiera que sea la alusión es genérica. Sin embargo, ello no significa que la norma cierre la posibilidad de disponer la indemnización de todo daño que pueda haberse ocasionado al trabajador y que se estime que no ha quedado debidamente resarcido con las indemnizaciones tarifadas establecidas en la ley. Ello explica que, durante el estudio de la respectiva ley en el Congreso, no se haya aprobado la indicación de modificación en el sentido de agregar, de manera expresa, la referencia al inciso tercero del artículo 489[21].

Porque no debemos olvidar que lo que aquí ha ocurrido es una seria infracción a las obligaciones que emanan de una relación jurídica entre dos partes, con todas las particularidades que le confiere el hecho de que una de ellas está en una situación más débil que la otra. Ello lleva a que las obligaciones del que está en mejor posición no sean solamente de carácter pecuniario, sino que presenten una innegable trascendencia aquellas de hacer e, incluso, de no hacer, que subyacen en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Si se ha producido un despido abusivo, sin duda que una o más de esas obligaciones se ha visto infringida. En otras palabras, nos encontramos ante un contratante incumplidor. Frente a esta situación la ley le ha conferido al cumplidor ciertos derechos frente a aquel, es decir, frente a la lesión de su crédito.

El primero de ellos es la ejecución forzosa que parece imposible de tener aplicación en este caso, pues podría obligarse al empleador a no continuar con

instrumento. "De allí que hayamos definido la sanción como el efecto que se sigue del incumplimiento y que consiste en la realización por medios coercitivos, de una conducta de reemplazo que tiene por objeto restaurar el orden social quebrantado". La responsabilidad es, en sentido amplio, una sanción, puesto que sustituye por medio de la fuerza la conducta que se quebrantó y que debía desplegarse por mandato legal o contractual. Por lo mismo, es un medio alternativo para la consecución de los objetivos que se procuraba legítimamente obtener, esto es, la satisfacción de los intereses que era lícito alcanzar. Concluye que están representados por la prestación y que el acreedor, por lo mismo, no puede aspirar a recuperar por esta vía otros beneficios que no sean estos. En: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 328-329.

(20) En este sentido PRADO LÓPEZ, Pamela. "Breves Notas Sobre la Responsabilidad Civil del Empleador en el Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral". En: *Estudios de Derecho Civil*. Coordinador Corral TALCIANI, Santiago, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, 2011, pp. 261-272.

(21) Indicación del senador Allamand, *Historia de la Ley Nº 20.260*, Congreso Nacional, p. 189. Ver infra cita 25.

su conducta abusiva, pero la lesión ya se produjo, por mucho que se pueda lograr aminorar sus efectos; es decir, no se puede volver atrás.

Otra posibilidad en la que se puede pensar es en la resolución del contrato la que también resulta improcedente, pues la situación en estudio consiste precisamente en la existencia de un despido en las condiciones ya analizadas. Nos queda, entonces, la indemnización de perjuicios y así acostumbramos a calificar toda suma de dinero que se pague en estas circunstancias, ya sea que la determine el juez o la fije el legislador.

Pero estas sumas a pagar no persiguen todas el mismo objetivo, aun cuando en nuestro sistema se acostumbra a diferenciar solamente en indemnización compensatoria y moratoria. La que nos interesa es la primera, esto es, aquella cuyo objetivo es precisamente compensar al acreedor los perjuicios que ha experimentado como consecuencia del incumplimiento total o parcial de la obligación, siendo ello imputable al deudor. Según las posiciones que parecen imperar en nuestro país lo que ocurre en la indemnización compensatoria es que la obligación subsiste, pero varía de objeto, es decir, la prestación a la que el deudor se había comprometido es sustituida por la indemnización de perjuicios(22).

En el decir de Llamas Pombo, no se trata aquí de la subsistencia de ninguna obligación, sino del nacimiento de una nueva, es decir, esta forma de cumplimiento si bien implica no cumplir la obligación en naturaleza, persigue satisfacer más bien el interés de prestación del acreedor y no tiene una finalidad resarcitoria como sí la tiene la indemnización(23). En otras palabras, si bien pudieran confundirse en cuanto a su materialización, en el cumplimiento por equivalencia no se está, en realidad, indemnizando el daño, sino satisfaciendo el derecho subjetivo que el contratante tuvo en vista al contratar. Esta posibilidad de reconocer en estas situaciones la incorporación de la noción de cumplimiento por equivalencia ya fue anunciada por Pamela Prado refiriéndose expresamente a las medidas a adoptar al acoger una denuncia por infracción de derechos fundamentales al trabajador(24).

Pero sea como sea que le llamemos o la teoría que sigamos, lo que queda claramente establecido es que en este tipo de pago a que se obliga al deudor no es el daño moral el que está indemnizando.

(22) TAPIA SUÁREZ, O. Ob. cit., p. 112.

(23) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor.* Medir Trivium, Madrid, 1999, pp. 236-255.

(24) PRADO LÓPEZ, Pamela. "Breves Notas …". Ob. cit., p. 271.

Volviendo a lo nuestro, específicamente a la situación del despido abusivo, debemos tener en consideración que se está frente a una decisión que el empleador adopta, estando de mala fe, y ocultando las verdaderas motivaciones del mismo, con el fin de eludir el pago de las indemnizaciones.

Como ya se adelantó, en esta situación el legislador ha dispuesto el pago de dos tipos de indemnizaciones. Una que reconoce la antigüedad del trabajador y que es equivalente a la que habría podido obtener frente a cualquier despido injustificado, indebido o improcedente. La otra es la llamada adicional, en que se le dejó abierta la posibilidad al juez de efectuar una graduación entre un mínimo y un máximo, teniendo como referencia solamente la última remuneración mensual devengada por el trabajador.

Según lo ya analizado pareciera que esta última indemnización no es ni una sanción al empleador ni tampoco está indemnizando el daño moral. Por el contrario, constituye una indemnización que persigue satisfacer más bien el interés de prestación del acreedor que se vio afectado por el incumplimiento de su contraparte. Confirma lo dicho la historia fidedigna del establecimiento de la ley. El tenor original de la norma era el siguiente: "El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal, en cuyo caso el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, o la indemnización establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, esta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa"[(25)].

Como se aprecia, se ponía en un plano de equivalencia la indemnización con el retorno al trabajo, lo que induce a pensar que no se trataba de una indemnización que buscara el resarcimiento del daño moral ocasionado al trabajador.

Cierto es que la norma no se mantuvo en ese tenor, salvo en lo que dice relación con despido discriminatorio calificado de grave, único caso en que el trabajador conserva esa opción. Pero que no se haya mantenido la norma con el tenor inicial no quiere significar que pueda haber variado la naturaleza de

(25) En: *Historia de la Ley N° 20.087*, p. 259. Consultado el 20 de octubre de 2014.

la indemnización que ella contiene; por el contrario, pensar que quien ha sido afectado por un despido abusivo discriminatorio pudiera quedar debidamente indemnizado con el retorno al trabajo y el pago de las remuneraciones durante el tiempo que estuvo separado de las funciones, no hace sino corroborar lo dicho, pues sostener lo contrario, esto es, que en el caso de optar por la reincorporación el daño moral que se pueda haberse ocasionado no debe ser indemnizado, implicaría un serio conflicto con el principio de la igualdad ante la ley y, además, a aquel que nos afirma que todo daño que sufre una persona debe ser indemnizado por quien se lo causa.

Finalmente, el propio tenor de la norma nos lleva a reafirmar lo dicho. En efecto, en el inciso final del artículo 489 en análisis, el legislador dispuso que si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral, dichas acciones deben ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio. Precisamente, es aquí en donde se encuadra el derecho del trabajador de accionar para obtener la indemnización del daño moral causado. La limitación que ha puesto el legislador ha sido que lo haga en el mismo juicio. No entenderlo así implicaría prácticamente dejar sin aplicación la norma.

V. COMENTARIOS FINALES

De sostener que lo que se busca con la indemnización adicional es indemnizar daños, significaría que el legislador instauró una importante excepción tratándose del contrato de trabajo, al legitimar que, en este caso, el contratante afectado no goce del derecho de ver indemnizado todo daño por parte de su co-contratante incumplidor.

El sistema de regulación tarifada establecido por el legislador nunca podrá ser entendido ni aplicado como un sistema que perjudique al trabajador frente a la situación de cualquier otro contratante. Por el contrario, se trata de facilitarle las cosas evitándole la carga que le significaría tener que probar determinados presupuestos que las fundamentarían, pero nunca establecer una excepción al principio legal y constitucional de reparación integral del daño.

Finalmente, quiero hacer presente que la Corte Suprema recientemente parece haber reiniciado la idea de la aplicación de la indemnización del daño moral

frente al despido abusivo. Efectivamente, en una sentencia del 7 de octubre recién pasado en que se reconoce la procedencia del daño moral frente a un despido en que se afectó "la honra, el nombre y la imagen social y profesional del trabajador[26]" fijando la indemnización por el daño moral en 15 millones de pesos. La última remuneración mensual del trabajador ascendía a alrededor de $ 700.000. Cabe tener presente que esta causa se conoció en un procedimiento de aplicación general, no obstante que pareciera ser que se habrían reunido las condiciones para haberlo sido en un procedimiento de tutela laboral. Pero, en este caso, si aceptáramos la hipótesis de que el daño moral está suficientemente resarcido con la indemnización adicional, la indemnización habría podido ascender solo a la mitad de la que en definitiva se le otorgó.

La conclusión entonces, es clara: sostener que la indemnización adicional resarce el daño moral, implica reconocer que el procedimiento de aplicación general confiere un mejor amparo al trabajador víctima de un despido abusivo que el procedimiento de tutela especialmente concebido con ese fin.

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón.

- "Reparación del daño moral por despido injustificado". En *Revista Chilena de Derecho.* Vol. 25, Nº 2, 1998. Comentario a jurisprudencia.

- "Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores". En: *Responsabilidad civil del empresario*, Cuadernos de Extensión, Nº 1, Universidad de Los Andes, 1996.

CAPARRÓS, Fernando. "Obligaciones de las partes". En: *Tratado de Derecho del Trabajo.* Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 9.

GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P. *El mobbing o acoso moral laboral.* Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor.* Medir Trivium, Madrid, 1999.

(26) Rol O-18-2013, del Juzgado de Letras de La Ligua.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales". En: *Derecho del trabajo y razón Crítica*. Gráficas Varona S.A., Salamanca.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., AELE, Lima, 1997.

PRADO LÓPEZ, Pamela. "Reparación del daño moral al trabajador". En: *Revista Laboral chilena*". Nº 136, mayo de 2005.

UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010.

LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA IMPORTANTE CONTRIBUCIÓN Y DEFENSA DE MARIO PASCO COSMÓPOLIS

RICARDO MARCENARO FRERS

Existen abogados laboralistas que se aferran al pasado y no entienden que la humanidad avanza a pasos agigantados, que las instituciones han sufrido una vertiginosa transformación y que los cambios se producen cada vez con mayor rapidez. Mario Pasco Cosmópolis fue uno de los juristas que tenía visión de futuro, entendía perfectamente la evolución del Derecho Laboral y sabía que el crecimiento económico y la flexibilización laboral eran fundamentales para el desarrollo nacional. Así en 1990 se produjeron algunas reformas que permitieron iniciar el proceso de flexibilización del Derecho Laboral. Ese inicio de reforma que algunos por razones ideológicas llamaron "flexibilización salvaje" se la considera hoy como demasiado tímida y por ello todos los interesados en generar más trabajo formal exigen que "debe flexibilizarse el régimen laboral"[1]. Esa flexibilización que hoy se reclama reiteradamente, fue iniciada hace veinticinco años pero luego detenida y hasta revertida por razones ideológicas que están ampliamente superadas. En estas breves páginas me referiré exclusivamente al tema de la Constitución de 1993 y a la resolución del Tribunal Constitucional que ha distorsionado completamente el sentido del texto constitucional.

(1) *El Comercio*, Editorial del viernes 5 de setiembre de 2014.

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El 30 de diciembre de 1992 se instaló el Congreso Constituyente Democrático y en enero de 1993, fueron designados los miembros de las diversas comisiones en las que tenían que estar representadas proporcionalmente todas las fuerzas políticas conforme a los últimos resultados electorales. La Comisión de Trabajo y Seguridad Social estaba integrada por cinco congresistas de NM-C90, dos del FIM, uno del PPC y uno del Frepap. El 18 de enero de 1993 se instaló la Comisión y me honraron con la elección de Presidente, por unanimidad. Inmediatamente, solicité se aprobara un cronograma de invitaciones para las diferentes instituciones vinculadas con la problemática laboral, comenzando por las Confederaciones de Trabajadores. El 15 de febrero recibimos la visita de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y de la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP); el 1 de marzo de la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT) y de la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana (CTRP) y el 8 de marzo de la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CAT) y la Confederación Intersectorial de Trabajadores del Estado (CITE). A todas estas importantes Centrales se les solicitó con carácter de urgencia presentaran sus propuestas de artículos constitucionales en materia laboral y de seguridad social. También se les invocó para que el articulado a presentarse tuviere carácter técnico e independiente de las influencias de partidos políticos.

El 17 de marzo la Comisión de Trabajo y Seguridad Social analizó, discutió y aprobó por unanimidad de sus nueve integrantes el dictamen con la propuesta constitucional en materia de Trabajo. Esta propuesta se había originado en el aporte efectuado por un grupo de los laboralistas más destacados del Perú con quienes me había venido reuniendo desde el 28 de enero de 1993. Al momento de ser elegido Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social entendí que era responsable de presentar una propuesta de articulado en materia de Derecho Laboral y de seguridad social a la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD. En la medida en que tenía interés en preparar un documento moderno y técnico era importante reunir a profesores universitarios especialistas en la materia. Conversé con los doctores Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Pedro Morales Corrales, Jaime Zavala Costa y Víctor Ferro Delgado, quienes inmediatamente ofrecieron su total colaboración. Me siento profundamente agradecido por haber contado con la participación desinteresada e ilustrada de estos destacados laboralistas peruanos. Deseaba redactar un articulado ajeno a la política partidaria, producto del mayor consenso posible y totalmente técnico. Los cinco éramos directores del Instituto de Capacitación y Estudios Laborales (ICEL), asociación sin fines de lucro dedicada al estudio de temas laborales, por lo que dicho instituto

presidido por el Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela acordó tomar la iniciativa y convocar a otros especialistas. Fueron invitados los doctores Luis Aparicio Valdez, Carlos Blancas Bustamante, Joaquín Leguía Gálvez, Julio César Barrenechea Calderón, Fernando Elías Mantero, Javier Néves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Francisco Javier Romero M. y Ana María Yáñez Málaga. **Dejo constancia** que los doctores Carlos Blancas Bustamante, Javier Neves Mujica, Francisco Javier Romero M. y Ana María Yáñez Málaga, por motivos personales diversos, no participaron en la redacción del documento final preparado por ICEL. Durante muchas horas en reuniones celebradas del 28 de enero al 11 de marzo de 1993 se discutieron los artículos en materia laboral. El 12 de marzo de 1993, el Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela en su calidad de Presidente de ICEL nos remitió "la versión final de las normas constitucionales sobre el trabajo, que nuestra institución pone a consideración de vuestra comisión y del Congreso de la República, a manera de colaboración para la consecución de una Carta Magna moderna y flexible". Estos artículos fueron puestos en conocimiento de los congresistas de Nueva Mayoría – Cambio 90 quienes los aprobaron el 15 de marzo de 1993 con la única atingencia para que se eliminara el inciso 4to. del artículo relativo a los principios, que a la letra decía: "de retroactividad de la norma cuando está expresamente la declare y sea favorable al trabajador". Por iniciativa del Dr. Carlos Torres y Torres Lara se acordó eliminar dicho inciso de la propuesta y conseguir así el total apoyo de Nueva Mayoría - Cambio 90. El 16 de marzo a las 10:30 a.m. inicié ante la Comisión de Constitución y Reglamento la fundamentación del articulado relativo al trabajo haciendo expresa salvedad que se trataba del proyecto que había preparado ICEL y que Nueva Mayoría - Cambio 90 hizo suyo. En la sesión desarrollé los conceptos fundamentales de los artículos propuestos, absolviendo las preguntas que me fueron formuladas. En esa sesión se presentaron dos propuestas de articulado: una presentada por Henry Pease García en nombre del MDI y otra por Lourdes Flores Nano en el del PPC. En esa misma sesión el señor Rafael Rey Rey presentó su propuesta sobre Régimen Educativo y Cultural. Ningún artículo fue sometido a votación en la referida sesión, postergándose la continuación del análisis y posterior aprobación para otra sesión.

El articulado, presentado en la Comisión de Constitución y Reglamento había sido discutido ampliamente y aprobado **por unanimidad** en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social el 17 de marzo de 1993, luego de que todos los miembros manifestaran al Presidente su felicitación por el trabajo realizado. Es necesario dejar constancia que los otros proyectos constitucionales fueron presentados por los grupos políticos directamente a la Comisión de Constitución y Reglamento. Solamente la parte laboral fue aprobada previamente en la Comisión respectiva. Solicité la colaboración de los gremios interesados (Confederaciones de

trabajadores), simultáneamente la de los especialistas y luego sometí el texto a consideración de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, habiendo obtenido la **aprobación unánime de los grupos políticos representados**. Los grupos políticos presentaron sus propuestas constitucionales directamente a la Comisión de Constitución y Reglamento. Se sometió a la aprobación previa de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social el articulado preparado por los especialistas y adoptado por NM-C90. El 23 de marzo de 1993 fui invitado nuevamente por la Comisión de Constitución y Reglamento para continuar la sustentación de la propuesta de articulado aprobado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social. El día anterior (22 de marzo de 1993) la Coordinadora de Centrales Sindicales presentó a nuestra comisión una propuesta de articulado con exposición de motivos. Desgraciadamente, el documento fue entregado una semana después que los integrantes de la comisión habían aprobado el texto del articulado por unanimidad y sustentado ante la Comisión de Constitución y Reglamento. Al entregarnos el documento los representantes de la Coordinadora de Centrales Sindicales manifestaron que este había sido preparado exclusivamente por sus técnicos sin injerencia de partido político alguno(2).

El 7 de julio de 1993, el Plenario acordó suspender el tratamiento del tema de educación que se venía discutiendo y se aprobó pasar a los artículos relativos al Derecho del Trabajo. Los artículos de trabajo fueron analizados y aprobados los días 7 y 8 de julio. Hubieron muchas exposiciones de los congresistas por el tema de trabajo, pero la gran mayoría se dedicó a largas exposiciones políticas con altas dosis de demagogia. Solamente algunos parlamentarios hicieron una presentación doctrinal buscando presentar aportes. El resultado de la votación en el Plenario fue el siguiente:

Proyecto	Constitución	A favor	En contra
Art. 18	Art. 22	62 (91 %)	6
Art. 19	Art. 23	62 (90 %)	7
Art. 20	Art. 24	47 (77 %)	14
Art. 21	Art. 25	47 (70 %)	20
Art. 22	Art. 26	56 (84 %)	11
Art. 23	Art. 27	54 (79 %)	14
Art. 24	Art. 28	48 (71 %)	20
Art. 25	Art. 29	44 (92 %)	4

(2) Debo dejar constancia de mi gran sorpresa al comparar el documento presentado por el Dr. Henry Pease García en nombre del MDI (16 de marzo de 1993) y el presentado por la Coordinadora de Centrales Sindicales (22 de marzo de 1993) por cuanto se trataba del mismo documento, incluyendo la exposición de motivos.

En mérito a lo expuesto puedo afirmar que la Constitución de 1993 en materia laboral recoge el proyecto encargado por el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social (Marcenaro) a 18 destacados laboralistas y profesores universitarios que dedicaron varios meses a preparar el articulado. El debate y aprobación en el pleno del Congreso se realizó fundamentalmente el 7 de julio y se concluyó la votación el 8 de julio de 1993. Esta es la única parte del texto constitucional que fue previamente aprobada por unanimidad en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social (17 de marzo de 1993) y luego en la Comisión de Constitución y Reglamento, que se terminó de votar el 23 de marzo de 1993.

La Constitución aprobada por el Congreso Constituyente Democrático fue sometida por primera vez en la historia del Perú a su ratificación por el pueblo peruano mediante un referéndum en el que los ciudadanos votarían si estaban de acuerdo o no con el texto constitucional. Excluyendo los votos en blanco y nulos el "Sí" consiguió el 52.33 % y el "No" 47.67 %.

II. LA ESTABILIDAD LABORAL

El empleador ya no tiene la libre disposición del contrato con el trabajador, no es titular del derecho irrestricto a rescindir el vínculo laboral. El trabajador tiene derecho a la estabilidad laboral. Se fundamenta en los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos jurídicos internacionales en esta materia, tales como el derecho a la dignidad, libertad e igualdad. Es evidente que el trabajo dignifica al ser humano y, por lo tanto, el trabajador será eficiente, responsable, etc. a fin de conseguir su propio desarrollo y la tranquilidad de su familia. La estabilidad laboral se fundamenta en la libertad del hombre frente al hombre. Es decir, que el trabajador no depende de la arbitrariedad del empleador para continuar trabajando, sino de sus propios medios y esfuerzo. También se fundamenta en la igualdad toda vez que el trabajador podrá defender su derecho a la estabilidad laboral lo que significa que está en situación de igualdad frente al empleador y que, por lo tanto, este no puede actuar arbitrariamente y si lo hace será sancionado.

Dentro del ámbito propio del Derecho Laboral la estabilidad laboral se deduce del principio de continuidad. Este principio se fundamenta en que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo general no se agota en una prestación. Es una relación con vocación de permanencia que, normalmente, debería concluir por muerte o jubilación del trabajador. Por ello, el contrato propio del Derecho del Trabajo es el indeterminado, mientras que los a tiempo determinado solo se celebran cuando la naturaleza de la prestación así lo exige.

La doctrina distingue la estabilidad absoluta y la relativa. En la estabilidad absoluta se le niega al empleador la posibilidad de disolver el vínculo laboral por acto unilateral, permitiéndose solamente por causa justificada. En consecuencia, si rescinde el vínculo laboral sin causa justa, deberá reincorporar al trabajador y, en caso de negarse la autoridad jurisdiccional, le impone el cumplimiento de la obligación. Estamos ante la estabilidad relativa cuando rescindido el vínculo laboral por parte del empleador sin causa justa, no se obliga a la reincorporación del trabajador, pero sí al pago de indemnización.

El Convenio 158 de la OIT no ratificado por el Perú en su artículo 10 señala que en caso de ser injustificado el despido "(...) Y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

> "Por lo tanto, el convenio 158 de la OIT reconoce las dos manifestaciones de la estabilidad (absoluta y relativa). Así lo dice expresamente Arturo S. Bronstein, jefe de la sección de legislación del trabajo de OIT en ginebra 'acotaremos que el convenio 158 no impone una u otra solución y al parecer acepta todas ellas (...)'"[3].

Sin duda, el artículo 27 de nuestra Constitución es el que mayor polémica ha motivado con el argumento que al eliminar la expresión "el estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo" que figuraba en la Constitución de 1979 ha desaparecido la estabilidad laboral. Todos los opositores al nuevo artículo 27 alegaban que solo empleando la expresión estabilidad laboral esta quedaba garantizada en la nueva Constitución. Es decir, se convirtió en una expresión casi mágica por cuanto solo existiría si se usaba esa denominación "estabilidad laboral o estabilidad en el trabajo".

> "este es el precepto que ha servido para que se rasguen farisaicamente las vestiduras los enemigos de la nueva carta magna. Sostienen, con desenfado sin igual, que suprime la estabilidad laboral y que, una vez que sea aprobado, se va a producir una cadena de despidos y una aguda desocupación.

(3) BRONSTEIN, Arturo S. "La protección contra el despido arbitrario en el Derecho Comparado del Trabajo". En: *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad*. Universidad Nacional Andrés Bello, Chile, 1993, p. 125.

> La protesta es insincera, interesada y falsa. Este artículo no suprime la estabilidad laboral sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin justa causa"[4].

En nuestra legislación hasta 1970 el empleador podía rescindir el vínculo laboral sin expresión de causa con un simple preaviso de 90 días o pagando una indemnización equivalente en el caso de que el trabajador fuera empleado y sin necesidad de preaviso o indemnización si era obrero. En 1970 el gobierno militar dicta el Decreto Ley Nº 18471 y se estableció que el trabajador con más de tres meses de servicios solo podía ser despedido por la comisión de falta grave expresamente tipificada en la ley.

> "de allí en adelante, la estabilidad laboral pasó a ser la *béte noir* del Derecho Laboral peruano, el sacro santo derecho absoluto a la inamovilidad que reclaman y defienden los trabajadores, y la causa y explicación de la mayoría de los males que aquejan a la producción y a la economía que acusan los empleadores"[5].

En 1978 con el Decreto Ley Nº 22126 se estableció que entre los tres meses y tres años de servicios el empleador podía despedir al trabajador con un simple preaviso de tres meses o una indemnización equivalente. Entre otras modificaciones aumentó las causas que constituían falta grave y motivo del despido. En 1986 se dicta la Ley Nº 24514 mediante la que se establece nuevamente que, superado el periodo de prueba de 90 días, solo podrá ser despedido el trabajador por causa justa señalada expresamente en el dispositivo legal.

En 1991, por autorización expresa del Congreso de la República, se dicta el Decreto Legislativo Nº 728 mediante el cual se precisan algunas causales de despido por falta grave y se redacta el tema de la extinción del contrato de trabajo de manera técnica y didáctica. Se agregan en dicha norma las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador conforme al artículo 41 del Convenio de OIT Nº 158 toda vez que en las normas anteriores se había legislado casi exclusivamente respecto a causas de despido vinculadas a la conducta del trabajador.

En la Constitución de 1993 se pretendió evitar las rigideces del pasado que impedían el normal desarrollo del Derecho Laboral y se buscó no solo proteger al trabajador sino también convertir a esta rama del Derecho en promotora de empleo

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo en la Constitución". En: *Ius et Veritas*. Año IV, Nº 7, noviembre de 1993, p. 31.

(5) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *La extinción de la relación laboral*. Edit. Aele, 1987, p. 371.

y desarrollo económico. Es decir, se acordó redactar una Constitución que reconociera los derechos laborales fundamentales pero que también permitiera se legisle en favor de la flexibilización del Derecho Laboral.

Sabiamente la Comisión encargada de preparar el proyecto de reforma a la Constitución de 1993, no aceptó el criterio manifestado por el Dr. Carlos Ferrero Costa, ex presidente del Congreso, ya que "para el titular del Congreso la nueva Carta Magna que surja, después de aprobadas la reformas, se parecerá en lo laboral a la de 1979 y en lo económico a la de 1993" (*El Peruano*, 10 de marzo de 2002, p. 4). Es evidente que la economía y el Derecho Laboral deben tener una misma orientación y, en consecuencia, nos parece correcto que los parlamentarios no aceptarán la concepción ideológica que inspiró la Constitución de 1979, ni el primer proyecto presentado a la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Curiosamente algunos parlamentarios criticaron desde el año 1993 la Constitución en el tema laboral, sin embargo, al momento de redactar la propuesta de un nuevo texto en el año 2002 con la participación del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Centrales Sindicales y la Representación de los empleadores, se tomaron en cuenta los mismos temas de la Constitución de 1993 y solo se han cambiado algunos conceptos.

Destacados juristas, profesores universitarios de Derecho Laboral y muchos especialistas han resaltado los evidentes méritos de la Constitución de 1993 en el tema laboral. Podemos resumir los diversos comentarios favorables a la Constitución de 1993 en materia laboral con las palabras del Dr. Mario Pasco Cosmópolis:

> "A nuestro entender, lo recogido en materia laboral por la nueva Constitución supera la gaseosa y superabundante proliferación de la anterior en esta materia. No podía ser distinto si atendemos a que el moderno texto fue elaborado, en su integridad, por un grupo de conspicuos juslaboralistas (…) y diversos profesores universitarios. Ese grupo informal era de amplia y plural composición; estuvo representado allí el pensamiento de personas cercanas al movimiento sindical, como al empresariado y a la cátedra independiente. En una materia delicada, difícil y conflictiva como es la laboral, resulta enaltecedor que el contenido de la Constitución sea fruto de un consenso académico y no de una lucubración política.
>
> Sus características más saltantes son, en nuestra opinión, las siguientes:

1. Concisión y concreción. La Carta de 1979 adolecía de grandilocuencia y lirismo. Eran más los postulados teóricos, las declaraciones principistas, las metas ideales, que los derechos concretos y exigibles que de ella podían desprenderse (…) Una buena Constitución debe ser concreta, veraz y factible. Debe proponerse metas que puedan ser cumplidas; no meras declaraciones ideales, sino preceptos en los cuales pueda el trabajador obtener tutela para sus legítimas aspiraciones.

El texto aprobado reúne esas características.

2. Flexibilidad. La Constitución de 1979 era extremadamente rígida en muchas de sus postulaciones, pese a lo cual tenía el curioso defecto de remitir demasiadas cosas para la legislación posterior…

3. Tecnicismo. Al haber sido redactada por expertos, el uso del lenguaje es cuidadoso, buscando precisión y claridad.

4. Liberalismo. Resultaría contrario a la lógica y la razón que la parte laboral de la nueva Constitución no se alineara con el sustrato ideológico que prevalece en lo demás. Promovida desde un Gobierno que ha sentado las bases legales y económicas para un desarrollo basado en la libre empresa, en la reducción del rol estatal, en la eliminación del intervensionismo y los controles, en la apertura de los mercados, etc., de un Gobierno abiertamente liberal, en suma, la nueva Carta tiene que recoger ese aliento y ese destino.

En lo social, empero, se ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático.

Nadie que actúe de buena fe y con sensatez y ponderación, podrá calificar esta Carta de antiobrera o retrógrada. Es más bien progresista en la medida que se orienta y enrumba en el sentido del cambio social que nuestra patria y el mundo entero vienen viviendo.

Es, por sobre todo, un texto hecho para el Perú, pensando en el país real y en el tiempo actual; no tomado a prestamo de realidades extranjeras, que pueden ser útiles como ejemplo, mas no como modelo

> y menos como paradigma. Debe ser, por todo ello, al menos en la materia laboral, el marco que conduzca a relaciones laborales más racionales y más equitativas, en las que los derechos se asienten en el cumplimiento de los deberes y no se exageren unos con desmedro de los otros, y que no se subordine a la economía, pero que tampoco la desdeñe"[6].

Como lo demuestran los libros *El trabajo en la nueva Constitución*[7] y *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*[8] del autor de esta contribución, los artículos laborales de la Constitución de 1993 son los mismos que rigen mayoritariamente en el mundo occidental y en los países de mayor desarrollo jurídico, cultural y democrático. No se han eliminado derechos que tengan jerarquía o rango constitucional, y los que figuraban en la Constitución de 1979 y fueron excluidos, son el resultado del estudio serio realizado por los expertos conforme a la tendencia mundial. Por ello, en el proyecto de Constitución de 2002, en el que han participado representantes del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, trabajadores y empleadores se han reiterado los conceptos y estructura de la Constitución de 1993 y no se han reintegrado aquellos derechos que fueron correctamente excluidos. He podido comprobar que los profesores de Derecho Constitucional y los del Derecho Laboral desconocen muchas veces el Derecho Constitucional Laboral Comparado que constituye una especialidad diferente. Asimismo, otros pretenden que se regrese a las concepciones ideológicas que regían en los años sesenta. Algunos profesores de Derecho Constitucional han afirmado que la Constitución de 1993 ha eliminado derechos laborales fundamentales, no obstante que dichos constitucionalistas reconocen que no dominan el Derecho Laboral y que no han realizado ningún estudio especializado al respecto. Desgraciadamente estas apreciaciones, sin fundamento, han sido repetidas por otros. En el tema del trabajo la Constitución de 1993 ha seguido las tendencias más modernas y exactamente la misma orientación que rige a la mayoría de Constituciones del mundo occidental. Evidentemente nos referimos a los artículos que en materia laboral establece la Constitución de 1993 y no al resto del texto. Las pasiones que a veces despiertan estos temas han llevado al extremo de afirmar de manera absolutamente desinformada y contradiciendo la realidad del marco constitucional mundial que "las observaciones que hacen los autores que conforman la doctrina nacional, comparten el cuestionamiento por la acentuada opción neoliberal

(6) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El Trabajo en la Constitución". En: *Ius et Veritas*. Año IV, Nº 7, noviembre de 1993, p. 27.

(7) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Cultural Cuzco S.A., 1995.

(8) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Editado por Ricardo Marcenaro Frers Abogados 2004 y Universidad Tecnológica del Perú, 2006.

asumida por la Constitución, lo que ha significado tanto cualitativa como cuantitativamente, un retroceso, restricción, regresión, menoscabo, desconocimiento, reducción, replanteamiento, adelgazamiento, desmejora, supresión, recorte o poda del contenido laboral de nuestra Constitución"[9]. Esta afirmación se fundamenta en la eliminación de algunos artículos que existían en la Constitución de 1979 y que no fueron recogidos en la de 1993, sin tomar en cuenta que no eran artículos de rango constitucional y que conforme a la doctrina y Derecho Constitucional Laboral Comparado se procedió de manera correcta.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO RESPECTO AL DESPIDO ARBITRARIO

El autor procede a analizar la resolución del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario por ser la que ha generado mayor polémica y la que ha tenido gran trascendencia para el contexto laboral nacional. Además significó un cambio drástico a los criterios uniformes de las resoluciones anteriores.

Exp. Nº 1124-2001-AA/TC

El 11 de julio del año 2002 el Tribunal Constitucional resolvió el expediente Nº 1124-2001-AA/TC con la asistencia de los señores magistrados: Rey Terry, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma. Mediante esta Resolución se declaró inaplicable el artículo 34, segundo párrafo del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Esta norma establece: "Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido".

Los argumentos de los miembros del Tribunal Constitucional son que la Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y como tal vincula al Estado y la sociedad en general. En consecuencia, al establecer al artículo 38 que todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir la Constitución, esta vinculatoriedad se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado sino también a las establecidas

(9) CARRILLO CALLE, Martín. *La flexibilización del contenido laboral de la Constitución*. Balance de la Reforma Laboral Peruana, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, setiembre de 2001, p..58.

entre los particulares (f. j. 6). Por lo tanto su fuerza tiene eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros respecto de los derechos fundamentales. Por lo expuesto cualquier particular que pretenda conculcar o desconocer derechos fundamentales incurre en inconstitucionalidad. "Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23, segundo párrafo)" (f. j. 7). Posteriormente los miembros del Tribunal Constitucional reconocen que de conformidad a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución los derechos constitucionales se interpretan conforme a los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia y que, por lo tanto, constituyen parámetros que deben cumplirse al momento de interpretar un derecho constitucional, sin perjuicio además, de la aplicación directa del tratado internacional que forma parte del Derecho nacional conforme al artículo 55 de la Constitución (f. j. 9).

Señalan que la Constitución en su artículo 22 reconoce el derecho al trabajo y esto implica al derecho a acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa. El derecho a acceder a un puesto de trabajo es de desarrollo progresivo y conforme a las posibilidades del Estado. Sin embargo, el derecho al trabajo debe ser entendido como proscripción a ser despedido, salvo causa justa. El artículo 27 de la Constitución establece: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Reconocen que esta norma comprende tres aspectos: a) Otorga un mandato al legislador; b) Reserva a la ley la regulación de la protección; c) No determina forma alguna de protección sino que remite a la ley su concreción. Sin embargo, el legislador no podrá desnaturalizar el derecho y debe además respetar su contenido esencial. En mérito a lo expuesto, es indispensable analizar si la fórmula acogida por el legislador de otorgar una indemnización ante el despido arbitrario respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo (f. j. 12). Señalan que al establecerse como única reparación del despido arbitrario la indemnización, se está vaciando de contenido el derecho al trabajo por cuanto solo procede el despido por causa justa.

> "El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos de contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional"[10].

(10) STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC del once de julio del dos mil dos.

Además los señores miembros del Tribunal Constitucional agregan que al tratarse de una disposición inconstitucional "La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido al acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo (f. j. 12).

Considero que la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 27 de la Constitución lo desnaturaliza totalmente, toda vez que este solo define de manera genérica y abstracta la garantía de la estabilidad laboral y por lo tanto la norma de desarrollo constitucional puede regularla en cualquiera de sus sentidos, pero, no podrá desconocerla, tal como lo afirma el profesor Jorge Toyama.

> "El artículo 27 de la Constitución *delega* a la ley la protección que debe brindarse al trabajador que es sujeto de un despido arbitrario. La Constitución ha reconocido el derecho de estabilidad laboral pero ha señalado que la ley protegerá al trabajador, esto es, el legislador determinará el nivel de protección o el tipo de estabilidad laboral (absoluta o relativa). No puede, entonces, analizar el contenido de la estabilidad laboral sobre la base del artículo 22 de la Constitución cuando tenemos la delegación *legal* de protección en el artículo 27 (…) un sistema de protección del derecho de estabilidad laboral basado en el pago de una indemnización (la reposición es un supuesto reservado para los despidos nulos), opción que es compatible con el texto de la Carta Magna y las normas internacionales sobre estabilidad laboral"(11).

El artículo 22 de la Constitución no debe analizarse de manera desintegrada del resto de los artículos y por lo tanto es indispensable interpretarlo con el artículo 27 que de manera expresa señala que corresponde al legislador establecer el tipo de protección que este considere adecuada. Es decir, será el legislador el que defina si le exige al empleador la reincorporación del trabajador o una indemnización en caso del despido arbitrario o incausado. Esto implica que la reposición no es parte del contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral. El legislador será el encargado de establecer si es que procede una reposición o una indemnización ante el despido incausado y cualquiera de las opciones es perfectamente constitucional. También será constitucional si es que la decisión de dicha opción se le otorga al trabajador, al empleador o al juez.

(11) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Las Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, p. 482.

La existencia de normas semejantes al artículo 22 de nuestra Constitución están incorporadas en diez constituciones europeas y quince latinoamericanas y, sin embargo, no se considera en los tribunales de dichos países que la indemnización como reparación al despido arbitrario es inconstitucional. Tampoco lo interpretan así los Tribunales Constitucionales en los que existe norma semejante a la del artículo 22 de nuestra Constitución. Pero, además, es necesario precisar que nuestra Constitución ha tenido la previsión de agregar el artículo 27 para permitirle al legislador establecer la forma de protección ante el despido arbitrario. Esta disposición no existe en las Constituciones europeas (salvo Portugal), sin embargo, permiten la indemnización como forma de reparación ante el despido arbitrario. Los tribunales constitucionales aceptan en dichos países que no obstante existe la disposición que reconoce el derecho al trabajo esto no implica la obligatoriedad de la reposición en tales circunstancias. En consecuencia, distinguen claramente entre el derecho al trabajo como derecho fundamental y la reposición que no es derecho fundamental toda vez que también está permitida la indemnización ante el despido incausado. En Latinoamérica de las catorce constituciones que se refieren a la estabilidad laboral solamente en dos le permiten al trabajador optar por la reposición. En seis países latinoamericanos sus Constituciones le dejan al legislador optar por la estabilidad laboral absoluta o la relativa. En otros seis optan a nivel constitucional por la indemnización como forma de reparar el despido arbitrario.

La argumentación del Tribunal Constitucional reconoce la existencia y vigencia de dos instrumentos jurídicos supranacionales en los que expresamente se establece:

a) Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el que se expresa en el artículo 12 que: "De conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas (…)".

b) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26448 del 27 de diciembre de 1994. El artículo sétimo, inciso "d" establece "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional".

Frente a estos instrumentos supranacionales que permiten que los legisladores establezcan en primer término indemnizaciones ante el despido arbitrario, los señores miembros del Tribunal Constitucional argumentan que los derechos internacionales de derechos humanos establecen derechos mínimos que pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y que en todo caso tampoco pueden menoscabar derechos reconocidos por la Constitución. En mérito a estos argumentos establece que es inaplicable el artículo 34 del Decreto Legislativo Nº 728.

> "(…) el TC ha sentenciado que –según su lectura del texto constitucional– la única protección suficiente contra un despido es la reposición. A ese efecto el TC se remite al Protocolo de San Salvador, el cual sin embargo, lejos de solventar la tesis, la desmiente"(12).

Estoy de acuerdo que es posible superar los derechos establecidos en los instrumentos jurídicos supranacionales pero esa es una atribución que **solo le compete a los Parlamentos o Congresos**. No le corresponde a ninguno de los tribunales constitucionales superar los derechos incorporados en los instrumentos jurídicos supranacionales.

Considero que es errónea la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido que la única protección suficiente ante un despido arbitrario es la reposición del trabajador. La indemnización es la forma de protección acogida en la casi totalidad de las naciones democráticas del mundo occidental.

> "Desde nuestro punto de vista, el derecho a la estabilidad laboral, entendido como una garantía de reposición del trabajador despedido arbitrariamente, no encuentra sustento en la nueva Constitución. (…) el contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral no comprende, en la nueva Constitución, la reposición del trabajador: la Constitución ha delegado o remitido a la ley la determinación del tipo de protección que debe existir ante un despido arbitrario. No existe, de este modo, un régimen de estabilidad laboral absoluta en la Constitución.
>
> No encontramos ante un derecho de estabilidad que tiene preceptividad aplazada o eficacia diferida ya que corresponde a la ley señalar el contenido de este derecho; por consiguiente, no cabe la

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral". En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, octubre de 2006, p. 369.

interposición de una acción de amparo contra un despido arbitrario que no se ajusta a lo expuesto en las normas legales"[13].

Crítica:

a) Es indudable que los instrumentos supranacionales siempre han reconocido que ante el despido arbitrario cabe la indemnización.

b) El Protocolo de San Salvador señala expresamente que frente al despido sin causa (incausado) procede la indemnización y en segundo lugar menciona a la reposición. De esta forma ha resaltado a la indemnización como la primera alternativa ante el despido sin causa.

c) La comisión de expertos en legislación de la Organización Internacional del Trabajo jamás han observado la legislación universal mayoritaria que permite la posibilidad de la indemnización ante el despido arbitrario. Tampoco lo hacen los tribunales constitucionales más destacados del mundo.

d) Si el legislador peruano ha establecido los derechos mínimos que establecen los instrumentos jurídicos supranacionales ¿Corresponde al Tribunal Constitucional superar los mínimos en contra de la voluntad del legislador?

e) El Tribunal Constitucional afirma que la normativa interna puede mejorar los tratados internacionales por tratarse de normas mínimas. Sin embargo, no existe ninguna norma aprobada por el Congreso de la República que haya superado dichas normativas. El legislador podrá superar los derechos otorgados en normas supranacionales pero no puede hacerlo el Tribunal Constitucional.

f) El Tribunal Constitucional está obligado a interpretar la Constitución de conformidad a los tratados aprobados por el Perú, tal como lo establece expresamente la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución y solamente el legislador está autorizado a superar los derechos establecidos en dichos instrumentos jurídicos supranacionales.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Las instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 482.

g) El contenido de un derecho fundamental debe ser conocido por el Tribunal Constitucional tomando en cuenta obligatoriamente las normas internacionales y así poder decidir sobre la constitucionalidad de una norma de nivel primario.

h) Si las normas nacionales contienen los derechos mínimos reconocidos por los instrumentos jurídicos supranacionales ¿Cómo es posible que sean inconstitucionales?

i) ¿Es posible que los derechos mínimos sean inconstitucionales?

j) La Constitución argentina también se refiere a la protección contra el despido arbitrario y en su más de medio siglo de existencia ningún jurista argentino ha sostenido que la norma se refiere a la estabilidad laboral absoluta.

k) Las resoluciones del Tribunal Constitucional hasta antes de la que vengo comentando resolvieron uniformemente que los despidos arbitrarios (causados o incausados) no implicaban una afectación a los derechos fundamentales y que la única reparación era la de indemnización solicitada ante los jueces de trabajo.

> "Hasta antes de la emisión de la Sentencia recaída en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, el TC venía resolviendo que los despidos arbitrarios –causados o no– no suponían una lesión a un derecho fundamental. En efecto, ante una demanda de reposición del régimen laboral de la actividad privada, el TC sostenía que la vía ordinaria prevé que la indemnización es la única reparación ante un despido arbitrario y que tal pretensión solamente es conocida por los jueces de trabajo de conformidad con la Ley Procesal del Trabajo"(14).

l) El Tribunal Constitucional no procedió a explicar las razones y fundamentos por lo que cambiaba diametralmente de criterio.

> "Para ello el Tribunal Constitucional ha recurrido a una compleja argumentación, muy contestada a nivel doctrinal"(15).

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p.. 479.

(15) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 98.

m) No es cierta la afirmación del Tribunal Constitucional cuando afirma que la única protección que corresponde ante el despido incausado es la reposición por cuanto contradice normas internacionales y al propio mandato constitucional que permite la reposición, la indemnización, seguro de desempleo y otras formas de protección.

Posteriormente el Tribunal Constitucional con fecha 16 de setiembre de 2002 y ante la fuerte crítica de los especialistas en Derecho Laboral aclara que la inaplicación del artículo 34 solamente tiene efectos para las partes vinculadas al expediente.

> "No comparto la posición del Tribunal concretada en esa jurisprudencia, que, más allá de explicaciones retóricas, implicaría el retorno al Perú de la estabilidad llamada, por muchos, propia o absoluta que rigió en nuestro país en las décadas de los años setenta y ochenta del pasado siglo.
>
> La discrepancia que aquí expreso es estrictamente jurídica. Considero que la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia no interpreta propiamente la Constitución, sino que la distorsiona y hasta la modifica"(16).

Posteriormente el Tribunal Constitucional continuó dictando resoluciones que complicaron cada vez más la interpretación de las normas vigentes. Por límites de espacio no es posible hacer la crítica respectiva a las resoluciones dictadas. Las resoluciones referidas han sido calificadas por destacados juristas peruanos como "exageradas", "de contenido ideológico", de "invasoras de las esferas que la Constitución misma reconoce al legislador" y hasta "modificatorias de la propia Constitución". Así lo sostienen juristas especialistas en Derecho Laboral tales como Pedro Morales Corrales, Víctor Ferro Delgado, Mario Pasco Cosmópolis, Fernando Elías Mantero, Luis Vinatea Recoba, Jorge Toyama Miyagusuku, Luis Castillo Córdova, entre otros. Si al lector le interesa conocer algunas de las muchas críticas vertidas por los especialistas me permito presentar las referencias bibliográficas como nota al pie de página(17).

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral*. Ob. cit., p. 365.

(17) MORALES CORRALES, Pedro. "Derecho al trabajo y despido arbitrario. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional". En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*. Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 144; FERRO DELGADO, Víctor. "El despido arbitrario en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional". En: *Laborem*. Nº 3, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 198;

> "El balance, pues, del derecho al trabajo con los derechos constitucionales del empleador está ausente en las sentencias del TC (al no tomarse en cuenta los derechos del empleador, no se aprecia una interpretación basada en parámetros ponderados)"[18].

El Tribunal Constitucional afirma que el despido incausado es inconstitucional, sin embargo, considera perfectamente constitucional el despido causado, pero no demostrado judicialmente. Considero que el despido incausado y el causado pero no demostrado judicialmente, debieran tener la misma protección.

Después de más de 21 años de vigencia de la Constitución debemos concluir que conforme lo afirmó Mario Pasco se trata en materia laboral de un texto con las características siguientes: concisión y concreción, flexibilidad, tecnicismo, liberalismo, etc. Luego agrega**:** "**En lo social, empero, se ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático.**

Nadie que actúe de buena fe y con sensatez y ponderación, podrá calificar esta Carta de antiobrera o retrógrada. Es más bien progresista en la medida que se orienta y enrumba en el sentido del cambio social que nuestra patria y el mundo entero vienen viviendo".

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral". En: *Centro de Estudios Constitucionales. Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Palestra, Lima, 2006, p. 368; VINATEA RECOBA, Luis. *La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*. Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 107; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso Telefónica". En: *Asesoría Laboral*, 2003; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Labora.* Diciembre de 2003, p. 19; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 445; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo". En: *Asesoría Laboral*. Nº 167, 2004, p. 9.

(18) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 481.

EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR PARTE DEL EMPLEADOR

MAURICIO MATOS ZEGARRA[1]

INTRODUCCIÓN

El control de los medios electrónicos proporcionados por el empleador a los trabajadores supone por un lado el ejercicio legítimo del derecho y deber de controlar la mejor forma en la que se ejecutan las prestaciones que son objeto de un contrato de trabajo, pero al mismo tiempo entraña la afectación al derecho fundamental del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

A través del presente análisis nos proponemos abordar esta problemática con la finalidad de determinar cuándo y hasta qué punto resulta legítimo que un empleador pueda afectar la vida privada de un trabajador con el objeto de controlar las herramientas informáticas y electrónicas que pueda entregar a este último. Con este propósito hemos dividido el presente trabajo en tres partes principales.

En la primera abordamos y desarrollamos el derecho del empleador a dirigir las prestaciones que son objeto del contrato de trabajo a través del poder de dirección característico de la relación laboral individual, que es por definición vertical y subordinada. En seguida nos abocamos a desarrollar la posición jurisprudencial a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la vida privada del trabajador en el centro de trabajo y también las posiciones

(1) Gerente del área laboral en EY (Ernst & Young). Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB) - Bélgica. Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) y en la Universidad Católica San Pablo (UCSP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS).

más importantes de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como posiciones jurisprudenciales desarrolladas en España y Francia.

En la segunda parte, desarrollamos la posición jurisprudencial peruana plasmada a través de 4 sentencias del Tribunal Constitucional que han orientado el tratamiento de esta problemática en nuestro país, así como el estatus legislativo actual y la existencia de 2 proyectos de ley aprobados por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República que intentarán por primera vez regular legislativamente el control de los medios electrónicos de los que dispone el trabajador en el centro de trabajo.

Finalmente, en la tercera y última parte analizamos la legitimidad de las medidas de control y proponemos una utilización justificada de los mismos, siempre y cuando se respeten los principios de transparencia, finalidad y proporcionalidad de estas medidas de control.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DERECHO DEL EMPLEADOR A DIRIGIR LA FORMA DE SU EJECUCIÓN

1. El derecho fundamental a la libertad de empresa y la libertad contractual

Si bien nuestra legislación laboral no ofrece una definición de contrato de trabajo, es preciso reconocer que este supone –como cualquier otro contrato– un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos de carácter patrimonial. A través del contrato de trabajo, una persona llamada trabajador se obliga poner a disposición de otra persona, llamada empleador su fuerza de trabajo, a cambio del pago de una remuneración equitativa y suficiente.

Sin embargo, el contrato de trabajo a diferencia de los contratos regulados en el Código Civil supone la existencia de dos rasgos característicos que lo distinguen y hacen de su estructura una de carácter peculiar. Por un lado, el contrato de trabajo no solo se compone de una relación personal obligatoria, sino que dicha relación obligatoria supone la posibilidad del empleador de dirigir las prestaciones de trabajo y dar órdenes directas al trabajador para la ejecución contractual, es decir, que se trata de una relación contractual por definición vertical y, por lo tanto subordinada; y por el otro, nos encontramos frente a una relación contractual donde –a diferencia de lo que sucede en el derecho patrimonial– la autonomía de la voluntad de las partes para determinar con quién contratan y el contenido de sus contratos se encuentra fuertemente limitada. En efecto, el Derecho del

Trabajo es una rama del Derecho caracterizada por su fuerte regulación legislativa, y sobre todo, por la existencia de un conjunto de normas imperativas que limitan la libertad de las partes.

En este contexto, debemos recordar que la facultad del empleador de dirigir las prestaciones de trabajo y ordenarlas de la manera más conveniente se encuentra garantizada por la Constitución Política del Estado. Así, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la STC recaída en el Exp. Nº 0008-2003-AI/TC (caso Nesta Brero y 5000 ciudadanos) (f. j. 26) señaló que "el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales". Dentro de las garantías enumeradas por el TC se encuentra la libertad de empresa consagrada en el artículo 59 de la Constitución, que se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

De esta forma, el empleador que desarrolla una actividad económica tiene el legítimo derecho de organizar la mejor forma en la que se presta el servicio que brinda, y este derecho lo legitima a su vez a organizar la prestación que es objeto del contrato de trabajo de la manera que más se ajuste al mejor desarrollo de la actividad empresarial. Dentro de las manifestaciones válidamente garantizadas para el desarrollo de la libertad de empresa se encuentra la facultad del empleador de dirigir la prestación de trabajo (poder de dirección), así como la facultad de apreciar y sancionar conductas de los trabajadores que considere contrarias a dichos fines.

En la misma línea, no podemos dejar de lado, que el derecho fundamental a la libertad de empresa se integra a su vez con el derecho a la libre contratación reconocido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, recordando que el TC en la STC recaída en el Exp. Nº 01405-2010-PA/TC (f. j. 12) señaló que el derecho a la libre contratación, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: a) Libertad de contratar, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) Libertad contractual, que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución, también llamada **libertad de configuración interna** que es la facultad para decidir de común acuerdo el contenido del contrato, haciendo la salvedad que en el marco de la relación contractual laboral, bajo determinadas circunstancias el empleador goza del derecho de introducir modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo como analizamos a continuación.

2. Manifestaciones y límites al poder de Dirección del empleador

Tal como lo señala Alonso Olea y Casas Baamonde[2], el poder de dirección es la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo tiempo y lugar de ejecución del trabajo. "El poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales". En este sentido, podemos afirmar que el poder de dirección puede manifestarse de las formas siguientes:

a) En primer lugar, permite que el empleador pueda dictar órdenes para la mejor prestación de un servicio. Así puede, por ejemplo, determinar procedimientos, controlar la forma en la que se ejecuta un contrato de trabajo, limitar la esfera de acción del trabajador en el empleo, introducir controles de vigilancia y seguridad, entre otros. En esta línea de ideas, la mejor manifestación de esta facultad se cristaliza a través del Reglamento Interno de Trabajo (RIT), que además en nuestro país, es obligatorio para todas las empresas con más de 100 trabajadores de acuerdo al D.S. Nº 039-91-TR. Cabe agregar, que la existencia de un RIT no supone en forma alguna una limitación para que el empleador pueda dictar órdenes concretas y directas a un trabajador.

b) Asimismo, el poder de dirección permite al empleador apreciar las conductas de sus trabajadores contrarias a la correcta ejecución de las prestaciones de trabajo y sancionarlas de manera debida, incluso en aquellos casos que impliquen la violación del deber genérico de ejecutar de buena fe el contrato.

c) A diferencia de un contrato civil, en el contrato de trabajo el empleador tiene la potestad de introducir modificaciones unilaterales en el contrato de trabajo para lograr una mejor ejecución del servicio prestado y adaptar el contrato de trabajo a las necesidades técnicas y económicas de la empresa. A esta facultad se le denomina *ius variandi.* Tal como refiere Rodríguez Mancini, la alteración [unilateral] debe ser admisible, vale decir que debe respetar ciertas condiciones o límites. El autor agrega que sin perjuicio de los límites que puedan establecer las normas imperativas, existen al menos tres condiciones para el ejercicio legítimo del *ius variandi*: ellas están dadas por el propio contrato individual de trabajo (limitación contractual), por los fines de la empresa (limitación funcional) y por la consideración de los legítimos intereses del trabajador (limitación por el "deber de previsión")[3].

(2) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed., Thomsom Reuters - Civitas, Madrid, 2009, p. 506 y ss.

(3) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Director. *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 437.

Es importante aclarar en la línea manifestada por Rodríguez Mancini, que el poder de dirección del empleador no puede resultar jamás ilimitado, pues debe ser ejercido en armonía con dos consideraciones determinantes. Por un lado, el poder de dirección debe ser ejercido respetando el carácter imperativo y de orden público de las normas de Derecho Laboral, y por otro, el poder de dirección no puede implicar la trasgresión del principio-derecho de la dignidad de la persona humana. En el mismo sentido, Pacheco Zerga señala que "el *ius variandi* del empresario, implícito en el poder de dirección implica que las acciones que adopte el empleador (…) ha de realizarlas teniendo en cuenta que el trabajador no es una pieza del proceso de producción, sino un ser libre, con fines propios, que tiene derecho a un **reconocimiento** (…)[4].

Asimismo, el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador no puede, ni debe suponer una afectación a los derechos fundamentales del trabajador en tanto persona humana, consagrados en la Constitución Política del Estado, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en general, en todas aquellas normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. Sobre este punto, el TC nos recuerda en la ya citada STC recaída en el Exp. Nº 0008-2003-AI/TC (caso Nesta Brero y 5000 ciudadanos) f. j. 26.D que la libertad de empresa debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.

No obstante, en muchas ocasiones el derecho del empleador a determinar libremente la mejor forma en la que debe ejecutarse la prestación que es objeto del contrato de trabajo puede colisionar con ciertos derechos fundamentales del trabajador. Esta situación se evidencia con absoluta claridad, por ejemplo, respecto a los controles impuestos por los empleadores a la utilización de nuevas tecnologías de la información como pueden ser los correos electrónicos, el acceso a internet, e incluso la utilización de los teléfonos inteligentes por parte del trabajador, que no solo suponen una limitación al espacio de libertad individual del trabajador en el trabajo, sino que en la mayoría de los casos implican una injerencia en la vida privada de este. Encontrar el equilibrio entre ambas situaciones resulta pues una situación de capital importancia.

(4) PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Thomsom Civitas, Navarra, 2007, p. 71 y ss.

II. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN EL TRABAJO

1. El derecho fundamental a la vida privada en el trabajo

El artículo 2.7 de la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. De la misma forma, el artículo 2.10 consagra el derecho de toda persona al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia.

Así, en el caso Tristán Donoso vs. Panamá[5] la CIDH, señaló en el f. j. 55 que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, agregando que la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En el mismo caso, la CIDH determinó que "aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación, que al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada". Por su parte, en el caso Escher y otros vs. Brasil[6], la CIDH señaló por primera vez que el artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

El f. j. 115 de la sentencia comentada se orienta a tratar el tema específico del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones respecto a las nuevas tecnologías cuando refiere que "la fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación

(5) Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C. Nº 193.

(6) Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200.

de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada".

Ahora bien, resulta importante que ahondemos sobre la situación del derecho fundamental a la intimidad y el secreto de las comunicaciones en el ámbito exclusivamente laboral.

2. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el trabajo

Refiriéndose a lo que denomina "la intimidad informática" Sagardoy Bengoechea[7] refiere que "los problemas surgen –y con frecuencia y virulencia– cuando se enfrentan los derechos y libertades de los trabajadores con las facultades legales del empresario de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales". Si bien las medidas de control que puedan afectar en mayor o en menor medida la intimidad de los trabajadores puede ser casi infinita, en el presente análisis nos abocamos exclusivamente a la injerencia que pueda tener en el derecho al secreto de las comunicaciones el control por parte del empleador de las cuentas de correo electrónico y sistemas de mensajería internos en la empresa.

Desde una perspectiva comparada, debemos iniciar señalando que la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en el caso Niemietz vs. Alemania[8] del 16 de diciembre de 1992 precisó que sería demasiado restrictivo limitar el respeto de la vida privada a un "círculo íntimo" dejando de lado el mundo del trabajo. La Corte añade con propiedad, que la noción de vida de privada no puede excluir las actividades profesionales o comerciales, pues después de todo, es en su trabajo, donde la mayoría de personas desarrollan con más frecuencia sus relaciones con el mundo exterior. En el mismo sentido, en el caso Halford vs. Reino Unido del 25 de junio de 1997, la CEDH rechazó el argumento del gobierno británico según el cual "en principio un empleador puede vigilar, sin prevenir a los interesados, las llamadas de teléfono que los trabajadores realizan desde los teléfonos que el empleador pone a su disposición"[9]. Asimismo, en el caso Copland vs. Reino Unido[10] del 3 de abril de 2007, la CEDH señaló que los correos electró-

(7) SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Thomsom Civitas, Cuadernos Civitas, Navarra, 2005, p. 75 y ss.

(8) Corte Europea de Derechos Humanos. 16 de diciembre de 1992. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887#{"itemid":["001-57887"]}>.

(9) Corte Europea de Derechos Humanos. 25 de junio de 1997. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039>.

(10) Corte Europea de Derechos Humanos. 3 de abril de 2007. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79996#{"itemid":["001-79996"]}>.

nicos remitidos desde el centro de trabajo pertenecen a la esfera de la vida privada del trabajador protegida por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sin prohibir la posibilidad de que el empleador pueda establecer mecanismos de control.

Siempre en el ámbito europeo, el Tribunal Constitucional español en la STC recaída en el Exp. Nº 241/2012 de 17 de diciembre de 2012, señala que en el marco de las facultades de auto organización, dirección y control correspondientes a cada empresario, "no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respecto a los derechos fundamentales". Con relación a esta última limitación, agrega el Tribunal, "hemos precisado que, aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos –como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores– puede tener relevancia sobre la actuación [del] fiscalizador de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin"[(11)].

Esta posición del Tribunal Constitucional español complementa la posición desarrollada por el Tribunal Supremo de dicho país en la sentencia de fecha 26 de setiembre de 2007[(12)]. En la referida sentencia, el Tribunal Supremo español consideró que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en el ámbito de la protección que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. Por otro lado, el Tribunal Supremo español aclara que de acuerdo con las exigencias de buena fe, el empleador debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización del medio. De esta manera precisa el Tribunal, que si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables,

(11) Véase: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/01/22/pdfs/BOE-A-2013-614.pdf>.

(12) Véase: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>.

no podrá entenderse que al realizarse el control se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad".

Merece citar finalmente una sentencia de la Corte de Casación francesa, el caso Nikon del 2 de octubre de 2001 que propuso una solución radical al problema, prohibiendo cualquier forma de control de los mensajes de los trabajadores aún si el empleador hubiese proscrito la utilización de estas herramientas para fines privados(13). Comentando esta sentencia, Ravanas(14), señaló que "los jueces franceses quisieron evitar a todo precio la censura por parte de la CEDH y optaron por la solución más protectora de los derechos del hombre, sacrificando el derecho y el deber del empleador de velar por el buen funcionamiento de su empresa". Analicemos ahora, el estado de la cuestión en el Perú:

3. La situación de la jurisprudencia y la legislación en el Perú

Sin duda, el desarrollo de la protección del derecho a la intimidad que comprende el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores respecto a la posibilidad del derecho del empleador de controlar la utilización de los medios informáticos proporcionados por este, ha sido desarrollado únicamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien, a la fecha del presente análisis, con fecha 24 de setiembre de 2014, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso recomendó la aprobación de dos proyectos de ley que regulan el uso de los medios informáticos en los centros de trabajo públicos y privados, proyectos que buscan que la futura norma tenga por objetivo principal: a) garantizar el uso adecuado y eficiente del trabajador de esta herramienta de trabajo; b) proteger los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y el secreto de las comunicaciones; c) establecer límites a las facultades de control por parte del empleador y d) prevenir conflictos laborales(15)la regulación normativa por el momento es inexistente.

La posición del TC peruano se ha desarrollado a través de 4 sentencias (STC Exp. Nº 1058-2004-AA/TC - caso García Mendoza, STC Exp. Nº 4224-2009-AA/TC - caso Huamaní Vargas, STC Exp. Nº 3599-2010-PA/TC - caso Espinoza Chumo y la STC Exp. Nº 0114-2011-PA/TC - caso Nieves Albán). En las mismas, el TC ha considerado que tanto el correo electrónico como el comando o programa

(13) Véase: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_1159.html>.

(14) RAVANAS, J. *Protection de la vie privée: la preuve illicite d´une relation défectueuse de travail*. Recueil Dalloz, 2003, p. 1305.

(15) El dictamen de la Comisión de Trabajo y de Seguridad Social puede ser consultado en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/93d6cfd4928147a205257d7700680b7f/$FILE/02604DCMAY22201014.pdf>.

de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que se encuentran protegidas por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad de las mismas. Es más, en las STC más recientes (casos Espinoza Chumo y Nieves Albán), la posición del TC peruano se apoya en los ya citados casos Halford vs. Reino Unido, Copland vs. Reino Unido de la CEDH y en el caso Escher y otros vs. Brasil de la CIDH.

Si realizamos un análisis comparativo de la posición del TC respecto a la posición que sobre el tema tiene la CIDH y sobre todo la CEDH, podremos advertir que la posición del Tribunal peruano parece la más radical, es decir, proteger el secreto de las comunicaciones de los trabajadores, aun cuando los comandos de mensajería o el correo electrónico sean de propiedad exclusiva del empleador, y aun si es que el empleador ha detallado a través de órdenes generales o específicas que su utilización no puede realizarse para fines personales.

Consideramos, sin embargo, que independientemente la norma que en los próximos días pueda ser publicada respecto a la utilización de medios informáticos en el centro de trabajo, el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores debe ser ponderado adecuadamente respecto al derecho y deber del empleador de controlar el ejercicio correcto de la prestación del servicio que es objeto del contrato de trabajo. Con esta finalidad analizamos a continuación los aspectos que podrían ser tomados en cuenta para la adecuada ponderación de ambos derechos.

III. LÍMITES A LA INJERENCIA DEL EMPLEADOR EN EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE LOS TRABAJADORES

La existencia de mecanismos de control de las comunicaciones de los trabajadores debe estar orientada, por un lado, a asegurar el respeto de la vida privada de los trabajadores en el centro de trabajo y, por otro, armonizar las necesidades relativas al buen funcionamiento de la empresa. Así, es muy importante que el empleador empiece por definir cuál es la finalidad, y cuáles son las condiciones –dentro de los límites de razonabilidad, proporcionalidad y transparencia– en las cuales el control de los medios de comunicación informáticos de los trabajadores es necesario.

Para hacerlo, el empleador no necesita de la existencia de una norma de origen legal, pues este puede determinar a través del RIT o incluso a través de un Convenio Colectivo de Trabajo (CCT), los alcances legítimos del control a ser ejercido. Precisamente en Bélgica, esta situación se ha resuelto y reglamentado a

través de la Convención Colectiva de Trabajo Nº 81 concluida en el seno del Consejo Nacional de Trabajo de dicho país el 26 de abril de 2002, relativa a la protección de la vida privada de los trabajadores respecto al control de los medios de comunicación electrónica por parte del empleador(16).

1. El deber de información al trabajador

Para que un control de los medios de comunicación informáticos sea posible por parte del empleador, constituye un deber fundamental ligado al principio de la buena fe con la que deben ser ejecutados los contratos, que los trabajadores o la organización sindical sean informados previamente respecto a la existencia de estos controles. En nuestra opinión, aun si las herramientas informáticas son de propiedad del empleador, los controles encubiertos y sin comunicación previa, constituyen un atentado al derecho a la intimidad del trabajador. Como mencionamos, esta comunicación puede darse bien a través de comunicaciones generales u órdenes específicas.

El deber de información respecto a la correcta utilización de las herramientas brindadas por el empleador se encuentra acorde con el principio de transparencia y la buena fe que debe existir en la ejecución de cualquier relación contractual, pues a través de este principio los trabajadores estarán en condiciones de prever bajo qué circunstancias y bajo qué condiciones se puede afectar su vida privada en el centro de trabajo.

2. La finalidad de los mecanismos de control

Respecto a la finalidad de las medidas de control que pueda imponer el empleador, coincidimos con la CCT Nº 81 del Reino de Bélgica en el sentido de que el control de medios de comunicación electrónicos, por parte del empleador, debe tener por finalidad:

a) La prevención de hechos ilícitos o difamatorios, hechos contrarios al orden público, las buenas costumbres o hechos susceptibles de atentar contra la dignidad del empleador o de cualquier otro trabajador;

b) La protección de los intereses económicos, comerciales y financieros de la empresa y sobre todo proteger aquella información que es considerada

(16) Lo interesante de esta CCT, es que por un lado los empleadores reconocen el derecho de los trabajadores a la protección de su vida en el trabajo, pero al mismo tiempo los trabajadores reconocen el derecho del empleador de controlar las herramientas de trabajo y su utilización por los trabajadores en el marco de la ejecución de sus obligaciones contractuales. La CCT de alcance nacional en dicho país, puede ser consultada en <http://www.cnt.be/CCT-COORD/cct-081.pdf>.

como confidencial por el empleador, independientemente de la existencia de una cláusula expresa de confidencialidad en el contrato individual de trabajo.

c) La seguridad y/o el buen funcionamiento técnico de los sistemas informáticos en red de la empresa, así como la protección de las instalaciones físicas de la misma.

d) El respeto de buena fe de los principios y reglas de utilización de las tecnologías en red establecidas por la empresa[17].

3. La proporcionalidad de las medidas de control

El TC peruano ha señalado en el f. j. 15 de la STC recaída en el expediente Nº 2192-2004-AA/TC (caso Costa Gómez y otro) que el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado social y democrático de derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. El TC agrega que en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Se encuentra fuera de toda discusión que las medidas de control que adopte el empleador deben tomar en cuenta un criterio mínimo de proporcionalidad. Si bien la injerencia en la vida privada respecto a herramientas electrónicas brindadas por el empleador puede estar justificada, su aplicación debe ser razonable y proporcional. En virtud de este principio, el control bajo cualquier circunstancia debe tener un carácter adecuado, pertinente y no excesivo respecto a la finalidad que se persigue. En conclusión si el control aplicado por el empleador supone necesariamente una injerencia en la vida privada del trabajador, la injerencia debe ser reducida al mínimo indispensable para alcanzar los objetivos perseguidos. Desde ya, un control general, o una revisión sistemática de los medios informáticos sin razón aparente que lo justifique puede resultar en principio desproporcional y, por ende, ilegítimo.

(17) BARTH, H. "Contrôle de l´employeur de l´utilisation privée que font ses travailleurs des nouvelles technologies de l´information et de communication au lieu du travail". J.T.T., 2002, p. 169.

IV. CONCLUSIONES

1. El control por parte del empleador de las herramientas electrónicas otorgadas a un trabajador supone, por un lado, el ejercicio legítimo del poder de dirección del empleador, pero al mismo tiempo, implica una injerencia en la vida privada e intimidad del trabajador.

2. Tanto a nivel de la CIDH como la CEDH se ha venido señalando que la esfera privada de un trabajador no se reduce a un "círculo íntimo" sino que se extiende al centro de trabajo, lugar natural donde un trabajador se relaciona con la mayor cantidad de personas.

3. Los tribunales europeos, tanto en Francia como en España, han tenido posiciones jurisprudenciales variables que han ido desde la prohibición absoluta de control de herramientas electrónicas de comunicación, hasta la permisión bajo circunstancias de proporcionalidad y razonabilidad.

4. Ante la ausencia de legislación sobre el tema, en nuestro país el Tribunal Constitucional se ha orientado a ponderar el derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones, dejando de lado el derecho del empleador a poder controlar la utilización adecuada de los medios electrónicos de comunicación brindados al trabajador.

5. El control de los medios electrónicos de comunicación, por parte del empleador, es legítimo y constitucional, no obstante su utilización debe implicar un periodo de información previa a los trabajadores sobre el objeto y finalidad de estos controles; asimismo, debe suponer una utilización proporcional de tal manera que si existe injerencia en la vida privada del trabajador esta se reduzca al mínimo.

V. BIBLIOGRAFÍA

A. Libros y artículos académicos

1. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed., Thomsom Reuters - Civitas, Madrid, 2009.

2. BARTH, H. "Contrôle de l´employeur de l´utilisation privée que font ses travailleurs des nouvelles technologies de l´information et de communication au lieu du travail". J.T.T., 2002.

3. RAVANAS, J. *Protection de la vie privée: la preuve illicite d´une relation défectueuse de travail*. Recueil Dalloz, 2003.

4. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Director). *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*. Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2010.

5. PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Thomsom-Civitas, Navarra, 2007.

6. SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Thompsom-Civitas. Cuadernos Civitas. Navarra, 2005.

B. Jurisprudencia Supranacional y Comparada

1. Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C. Nº 193.

2. Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200.

3. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de diciembre de 1992. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00157887#{“itemid”:[“001-57887”]}>.

4. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de junio de 1997. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039>.

5. Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 3 de abril de 2007. En: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00179996#{“itemid”:[“001-79996”]}>.

6. En: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_1159.html>.

7. En: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/01/22/pdfs/BOE-A-2013-614.pdf>.

8. En: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>.

EL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN COLOMBIA

MARTHA ELISA MONSALVE CUÉLLAR[1]

I. INTRODUCCIÓN

La convocatoria del apreciado amigo y colega Jaime Zavala a participar en este libro homenaje a la memoria del incomparable amigo y gran Maestro, gloria del juslaboralismo iberoamericano, hacen que se conjuguen sentimientos de profunda tristeza, pero también de satisfaccino al poder formar parte de este sentido y merecico homenaje, compartiendo este tema que ha revestido especial impulso en mi país donde se hacen esfuerzos por combatir la informalidad que aqueja a Latinoamerica, se genera la obligación de compartir los conocimientos, experiencias y avances en el tratamiento desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial a estos trabajadores que, a no dudar, conforman hoy en dia un grupo muy importante, dado los grandes y significativos cambios en el mundo del trabajo, las formas de ofertar empleo y la tendencia cada vez mayor de la desaparición del trabajo subordinado o dependiente buscando la flexibilidad laboral y el abaratamiento de costos.

(1) Doctora en Derecho y Ciencias Politicas. Candidata a Doctorado de la Universidad Castilla - La Mancha. Doctora Honoris Causa de la Universidad López Freire de Nicaragua. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Co-autora de mas de 25 libros a nivel nacional e internacional. Conferencista invitada y docente en congresos y cursos de maestria y especializacion en Universidades latinoamericanas y europeas. Colabora en Revistas especializadas. Docente investigadora de la Universidad la Gran Colombia. Presidenta del Instituto Latinomericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Ilera - Colombia.

II. ETIMOLOGÍA[2]

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice de autónomo "que tiene autonomía. Que trabaja por cuenta propia".

Con base en esta definición orientaremos nuestro trabajo para establecer en cuáles de las relaciones de tipo legal y contractual es fácil determinar esa autonomía y, además, cómo desde la OIT y nuestros gobiernos se viene fomentando el trabajo no dependiente para dar este carácter autónomo al trabajo que realiza una persona de manera particular.

III. CONTRATISTA INDEPENDIENTE

El artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 2351 de 1965 de nuestra normativa laboral colombiana, define a los contratistas independientes[3]: "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios (...)".

Se señalan allí una serie de características que definen realmente esas condiciones entre ellas

- personas naturales o jurídicas
- que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva

IV. CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Con el fundamento legal del artículo 1501 del Código Civil colombiano, se ha generalizado la celebración de estos contratos inclusive en el Sector Público con características especiales que conllevan precisamente a desvirtuar cualquier injerencia laboral.

(2) Larousse Diccionario Enciclopédico, 2006.

(3) *Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social*. 34ª ed., Legis, 2014.

Quienes se vinculan mediante este tipo de contratos compromenten la prestación de servicios técnicos y profesionales, utilizando sus propios medios y con plena autonomía.

Deben afiliarse a la seguridad social integral como trabajadores independientes y, además, presentar la prueba mensual del pago de aportes al contratante conforme a la Ley Nº 797 de 2003 y la Ley Nº 1122 de 2007.

Para obtener el pago del precio por el valor de los servicios contratados debe presentar cuenta de cobro o factura con ajuste a la ley fiscal y con los descuentos respectivos señalados en el estatuto tributario.

Las controversias que surjan de este tipo de contrato se establece previamente que tendrán que ser dirimidas ante la Comisión de Conciliaciòn y Arbitraje de la Cámara de Comercio del domicilio de la contratante.

Con todo ello para desvirtuar los elementos de la relación laboral, quien pretenda alegarlos tendrá que demostrar la existencia de un contrato realidad, dando primacia a la realidad en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo.

En este tipo de contratos, no obstante resulta bastante difícil demostrar los elementos de la relación laboral. Sin embargo, existen sentencias en las cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios y se concluye la existencia de una verdadera relación de trabajo. La Corte Constitucional por vía de tutela ha concluido en repetidas oportunidades estas controversias con tal declaratoria.

V. LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

Ha sido preocupación de la Organizaciòn Internacional del Trabajo en especial la recomendación 136 de 1970 sobre programas para jóvenes, pues quienes más resultan involucrados en trabajo autónomo son precisamente este grupo vulnerable que ha ejercido una gran influencia en el cambio demográfico que junto con el envejecimiento registramos en los últimos 10 años.

La Recomendación 127 reemplazada por la 193 de 2002 sobre la Promoción de las cooperativas

Al dar lectura de la referida recomendación resulta evidente cómo a través de las cooperativas y su reglamentación se promueve la autonomía e independencia para sus asociados, aunque formen parte de un ente jurídico, no regulado por

la ley laboral en mi país[4]. Los asociados son incentivados a trabajar de manera autónoma generando riqueza.

Es así como nace la cooperativa en 1830, fundada por Robert Owen con clara orientación a una forma asociativa de trabajo con autonomía e independencia, y autogestionarias poseedoras de bienes y servicios.

Infortunadamente el desvio que de su utilización se hizo convirtiéndolas en intermediadoras laborales contribuyeron a su proscripción y casi desaparición en nuestro país.

De allí, manifestamos que muchos de sus asociados se conviertieron en las Pymes abriendo paso a una actividad productiva, pero generando el problema que se desprende de la informalidad.

La casi totalidad de las Pymes están en cabeza de jóvenes que han iniciado actividades de manera autónoma sin bases técnico-profesionales y sin asesoría. Créditos blandos y acompañamiento. Esto ha generado la desaparición de muchas de ellas que no han logrado el proceso de formalización.

VI. CULTURA DEL EMPRENDIMIENTO –

¿Un emprendedor es lo mismo que un empresario? ¿Emprendedor empresario? Empresario emprendedor?

Existe una eterna discusión para dilucidarlo.

Inclinándose el comentarista del artículo[5] en expresar que hay una diferencia elemental entre ser emprendedor y ser empresario El empresario es quien generalmente ejecuta las ideas quien gestiona el negocio lo que no quita que el emprendedor gestione su propio negocio como trabajador autónomo.

El emprendedor innato genera ideas, implementa luego puede delegar.

El emprendimiento es riesgo y aventura. Mucho más que ser empresario.

La cultura del emprendimiento[6] es una manera de pensar y actuar, orientada hacia la creación de riqueza, a través del aprovechamiento de oportunidades,

(4) Ley Nº 79 de 1988 por la cual se actualiza la legislación cooperativa Legis 34 edicion

(5) <gerencia.com>, 07/09/2013.

(6) <gerencia.com>, 12/06/2010.

del desarrollo de una visión global de un liderazgo equilibrado. Observamos como se orienta a la actividad de un líder que se desarrolla de manera autónoma.

El emprendimiento tiene sus orígenes en el inicio de la historia de la humanidad, es algo innato a ella y el hombre siempre ha estado presente.

Emprendedor es una persona con posibilidades de innovar, o sea con la capacidad de generar bienes y servicios de una forma creativa, metódica, ética, responsable y efectiva. Esto lo identificamos con lo que realiza un trabajador autónoma o por cuenta propia.

Entendemos, entonces, que la cultura del emprendimiento es el conjunto de valores, creencias, ideologías, hábitos, costumbres y normas que comparte un grupo de personas No encontramos con ello que el emprendimiento sea solamente a nivel de grupo, puede darse de manera personal y autónoma.

De los principios para el desarrollo de la cultura del emprendimiento a saber: formación integral en valores y desarrollo integral del ser humano, autoestima, autonomía observamos como se orienta al trabajo autónomo aunque no descarta involucrar a la comunidad.

El emprendimiento poco a poco se irá convirtiendo en un complemento a la vida laboral de muchos trabajadores.

Estamos observando, y asi lo escuchamos en la 18ª Reunión Regional de las Américas el mes pasado en Lima, que la economía en la región de Latinoamerica y el Caribe está decreciendo, el empleo está desapareciendo, lo dijimos antes, si a esto le agregamos la falta de productividad que nos aparta de la competitividad el tema de las empresas sostenibles que ofrezcan trabajo decente se va tornando en utopia

Quienes quedan desempleados difícilmente consiguen nuevo trabajo por los que acuden al "rebusque", que no es otra cosa que la insipiencia del emprendimiento del cual afirmamos es forma de trabajo autónomo o por cuenta propia.

El emprendimiento es una gran alternativa para mejorar ingresos y no riñe con el trabajo que se desarrolle en una empresa como trabajador asalariado y que mediante el emprendimiento busque precisamente aumentar los ingresos por no ser suficiente el salario que devenga.

Entre más se acentúe la crisis que en Colombia, apenas comienza a hacer sus efectos nocivos veremos más personas acudiendo al emprendimiento como alternativa para mejorar ingresos(7).

Fomento de la cultura del emprendimiento

Para fomentar la cultura del emprendimiento es preciso que se inicie un proceso desde los primeros años de vida de las personas. Este proceso debe contemplar estrategias encaminadas a llevar las personas al convencimiento que mediante la creación de proyectos productivos pueden llegar a triunfar a nivel personal como económicamente.

Fondo Emprender

Es un fondo creado por el gobierno colombiano para financiar iniciativas empresariales que provengan y sean desarrollados por alumnos del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que hayan finalizado la etapa lectiva de un programa de formación, alumnos o egresados de cursos del SENA en el programa de jóvenes rurales y línea de formación de lideres del desarrollo, estudiantes que se encuentren cursando los dos últimos semestres en un programa de educación superior reconocido por el Estado.

El fondo Emprender se rige por el Derecho Privado conformado por parte del recaudo de monetización de la cuota de parendices y aportes del presupuesto de la nación y organismos de cooperación nacional e internacional.

Objetivo del fondo emprender

Apoyar proyectos productivos que integren los conocimientos adquiridos por los emprendedores de formación con el desarrollo de las nuevas empresas.

Etapas del proceso con el fondo Emprender:

- Formulación del plan de negocios
- Evaluación y asignación de recursos
- Ejecución

Críticas al sistema

Quienes han pretendido acceder al fondo Emprender si bien han cumplido la primera etapa en cuanto a la formulación del plan de negocios en la asignación

(7) Gerencia.com. El emprendimiento como complemento de la vida laboral 13/06/2010.

de recursos, han encontrado un gran escollo, pues se siguen las pautas del sector financiero sin facilidades de crédito blando y con altos intereses iguales a los de las entidades bancarias, y la tramitología es agotadora a pesar de que la ley de empleabilidad también se conoce como antitrámites.

Los interesados se quedan en la mitad del camino ante las trabas que les colocan para acceder al crédito.

En la ejecución se han presentado enormes fallas, pues no ha existido seguimiento ni acompañamiento ni evaluación ni asesoría permanente que evite detectar yerros y riesgos y han sucumbido en el proyecto autogestionario exigiendo la devolución inmediata de los fondos a quienes han fracasado en el negocio.

Aunque existe la promesa frente a los negocios exitosos de condonar el prestamo, eso no es cierto y se ha perdido toda confiabilidad en el sistema.

VII. LEY DE EMPLEABILIDAD

Mediante la Ley 1429 de 2010 se pretende la formalización y generación de empleo en Colombia y generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de creación de empresas y se aumenten los beneficios y se disminuyen los costos de la formalización.

Lo indicamos en otra parte de este trabajo, los jóvenes son los más inclinados a la creación de Pymes y desarrollan actividades con carácter de autónomos cayendo en la mayoría de las veces en la informalidad que infortunadamente crece en nuestro país de una manera preocupante.

Empieza la ley por definir las pequeñas empresas y la iniciación de la actividad económica principal para en el numeral 3, ocuparse de los tipos de informalidad en el empleo el que toca directamente con la razón y motivo de este trabajo que se presenta para este Tercer Congreso del Trabajador Autónomo o por cuenta propia.

Dentro de esa informalidad en el empleo se considera la informalidad por subsistencia que se caracteriza por el ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente establecidos por un individuo o el núcleo familiar o social para garantizar el mínimo vital.

Se establecen en la ley incentivos para la formalización empresarial con reconocimiento de los mismos de manera decreciente proyectados a cinco años.

Qué pasa después de esos cinco años cuando se han obtenido los beneficios.

Queremos destacar dos literales que consideramos de mucha importancia dentro de nuestra actividad académica y de formación profesional y técnica.

Diseñar y promover programas de formación, capacitación, asistencia técnica y asesoría especializada, que conduzcan a la formalización y generación empresarial, del empleo y el teletrabajo.

Rescatamos de este literal tres aspectos fundamentales en que queremos enfatizar.

De esa primera formulación hemos estado tan distantes empresa-academia y prueba de ello es el fracaso del emprendimiento porque no se han cumplido estos postulados.

Además, si ello funcionara sería un excelente medio para la formalización y la generación de empresas sostenibles por las cuales clama el Director General de la OIT desde su posición y compromiso.

El otro punto, la generación de empleo y esta se logra en las empresas sostenibles que puedan ofrecer empleos de calidad, es decir, trabajo decente, y por último, el teletrabajo, cuyo impulso se esta suscitando en mi país de una manera impresionante pero que frente a ustedes resultamos sencillamente aprendices Tenemos mucho que aprender frente a este tema. Lo consideramos una opción importantísimo frente a una serie de problemas del mundo actual.

Hemos insistido tanto en que la Academia no puede permanecer tan lejana de la empresa y menos del Estado. Es preciso ese trabajo mancomunado que consagra el literal.

Conocemos las falencias del Estado frente a la carencia de técnicos y tecnólogos porque están llenos de burócratas politiqueros que no aportan realmente al desarrollo del país en la forma innovadora que requiere el mundo globalizado de hoy, frente a los retos de la productividad para poder ser competitivos.

No se conocen datos estadísticos sobre la efectividad de esta ley aunque se dice que se han formalizado un buen porcentaje de informales, pero mientras no se cumpla con los parámetros que acabamos de señalar caerán nuevamente en la informalidad.

VIII. SOCIEDADES COMERCIALES

Hemos sufrido en los últimos años una proliferación de sociedades comerciales encaminadas básicamente a la "deslaboralizaciópn" disminuyendo los costos laborales a los cuales se culpa de la no rentabilidad de los negocios cada vez más baja.

Sucedió inicialmente con las Cooperativas de Trabajo Asociado donde se camuflaron verdaderas relaciones laborales de una manera fraudulenta que trajo consigo la "satanización" de la figura, lo que ha hecho gran daño al verdadero cooperativismo como generador de riqueza y de trabajo asociado.

Tuvimos en Colombia la empresa unipersonal si tiene origen legal, Ley Nº 222 de 1995 las creó de manera expresa como empresas unipersonales sigue vigente una sola persona (autónomo).

La sociedad unipersonal no está contemplada en ninguna ley. Se le dio esa denominación a las personas jurídicas conformadas por una sola persona (autónomo) que se crearon a la luz del artículo 22 de la Ley Nº 1014 de 2006.

La sociedad unipersonal en cambio ya no está vigente no solo porque nunca fue creada por la ley sino porque el artículo 46 de la Ley Nº 1258 de 2008 prohibió que se situieran creando las mal llamadas sociedades unipersonales al tiempo que exigió que las existentes se debían transformar a sociades anónimas simplificadas (SAS).

Sobre esto debemos acotar que las Cooperativas de Trabajo Asociado que fueron clausuradas por incurrir en intermediación laboral se convirtieron en SAS para seguir en su actividad simuladora.

IX. CONCLUSIONES

Frente al cambio experimentado en el mundo laboral que no tiene retorno el trabajo autónomo crece como una respuesta a la disminución considerable del trabajo dependiente.

Dificilmente encontramos hoy en día empresas generando puestos de trabajo estables.

Con el fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo a través de las cooperativas con la verdadera filosofía del cooperativismo indirectamente se promociona la importancia del emprendedor.

Consideramos que en Colombia con la Ley de empleabilidad, se corre el riesgo de que después de disfrutar de los beneficios decrecientes durante cinco años como incentivo para pasar de la informalidad a la formalidad se retorne después de agotado el término de beneficios.

Encontramos que el fomento del trabajo autónomo impulsa la creatividad, la conservación de la actividad que se desarrolla pues su implementación y crecimiento conlleva beneficios.

Definitivamente nos declaramos muy inclinados al teletrabajo que, en ciertos aspectos, consulta matices del trabajador autónomo por considerar que se adapta a las necesidades del mundo de hoy cuando, por las dificultades de la movilidad en las grades ciudades, la necesidad de hacer compatible la vida personal familiar con la laboral es más evidente, cuando es tan importante la jornada flexible que permita el desarrollo de muchas actividades que la rigidez de las jornadas no lo permite.

El trabajo por objetivos se dimensiona de una manera evidente con el trabajo autónomo y con el teletrabajo.

LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES EN ESPAÑA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS

ALFREDO MONTOYA MELGAR[1]

I. LA LEY REGULADORA DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN LA HUELGA

El artículo 28.2 de la Constitución española, que reconoce el derecho de huelga, dispone en su segundo inciso: "La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

La falta de desarrollo de esa previsión constitucional, treinta y seis años después de la promulgación de la Ley Fundamental, viene siendo reiteradamente denunciada por el Tribunal Constitucional (así, SSTC 123/1990, 193/2006 y 196/2006), por la jurisprudencia ordinaria y por la doctrina de los autores.

En este sentido, debe recordarse cómo la Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006 declara que "la posible limitación del derecho de huelga de los trabajadores con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad está prevista en el artículo 28.2 CE como contenido necesario de la ley que regule el ejercicio de ese derecho". "Deberá ser esa ley, y no otra –continúa la sentencia citada–, la que regule las referidas garantías", de donde

(1) Catedrático emérito de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

sigue que "la falta en la actualidad de dicha ley lógicamente plantea múltiples problemas, en especial (…) en orden a la determinación de cuáles pueden calificarse como servicios esenciales y cuál pueda ser el alcance de las garantías necesarias para asegurar su mantenimiento".

En una larguísima transitoriedad, sigue aplicándose en la materia el RDL 17/1977, del 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (RDLRT), que, aunque depurado de sus deficiencias constitucionales por el Tribunal Constitucional, se viene mostrando, sin embargo, probadamente insuficiente en más de un aspecto, hasta el punto de que, como dijo la STC 123/1990, la falta de desarrollo del artículo 28.2 CE pone en peligro el mantenimiento de los servicios esenciales. En efecto, esta sentencia aludía, "una vez más", a "las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el artículo 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga". La trascendental importancia de la función de la ley en la regulación de la huelga era puesta de manifiesto por la propia sentencia en términos inequívocos: "Corresponde a la ley garantizar, mediante los instrumentos oportunos, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, pero, al mismo tiempo, también le corresponde establecer medidas que garanticen el respeto del ejercicio legítimo del derecho de huelga (…)". Y proseguía: "Una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales que se ponen en juego en caso de huelgas en servicios esenciales para la comunidad obliga también a que el establecimiento de mecanismos que aseguren el funcionamiento de dichos servicios esenciales venga acompañado también de vías que permitan someter a un control judicial inmediato las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos que puede considerarse también como una garantía adicional de la efectividad del cumplimiento de los mismos".

La doctrina científica viene mostrando igualmente su extrañeza ante el largo tiempo transcurrido sin que la previsión del artículo 28.1 CE haya sido cumplida por el legislador: "Que treinta y cinco años después de la entrada en vigor de la Constitución no exista ley de huelga, y que, además, esta sea la última ley constitucional pendiente, constituye una anomalía" que genera "múltiples y ostensibles deficiencias" (F. PÉREZ DE LOS COBOS: "A modo de Prólogo: limitaciones de la regulación vigente del derecho de huelga", en la obra colectiva *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo*, La Ley, 2014, pp. 35 y 58). El hecho de que exista una norma pre-constitucional interpretada y aplicada por una abundante y relevante jurisprudencia constitucional sobre la

materia no impide, como señala el citado autor, la existencia de "importantes lagunas y disfunciones" que obstaculizan la efectividad del principio de seguridad jurídica (Ob. cit., p. 36).

Con la fórmula, enunciada al comienzo de estas páginas, del artículo 28.2 CE queda claro el propósito de la Constitución: que se promulgue una ley (orgánica, al regular un derecho fundamental como es la huelga) que contenga la regulación global del derecho de huelga, y que dicha ley se ocupe también –único límite que impone el citado precepto al derecho– de garantizar los servicios esenciales de la comunidad. La opción por este modelo regulador unitario aparece confirmada en la jurisprudencia constitucional; así, las SSTC 11/1987 y 183/2006 indican que debe ser "la ley reguladora del ejercicio del derecho de huelga la que establezca (…) la calificación de unos determinados servicios públicos como esenciales".

Ello no impide que también sea viable una regulación que se limite al régimen de los servicios esenciales de la comunidad, sin entrar, por lo tanto, en los demás aspectos del derecho de huelga: concepto, titularidad, modalidades, límites, supuestos de ilicitud y abuso, procedimiento de declaración, desarrollo y conclusión de la huelga, etc. Aunque desde el punto de vista sistemático y de técnica normativa sería preferible una regulación unitaria del derecho de huelga (como ocurrió, con todas sus limitaciones, con el RDLRT y como se propuso también el fallido proyecto de 1993), la regulación "separada" del régimen de los servicios esenciales no vulneraría la sustantividad del mandato constitucional (tan largamente incumplido, por otra parte). Del mismo modo que el legislador tiene libertad para elegir, respetando los límites constitucionales trazados por la CE y por la jurisprudencia constitucional, el modelo de regulación de la huelga, la tiene también en una cuestión más formal que sustancial como es la de la unidad o dualidad de los instrumentos legales que hayan de proceder a dicha regulación. Por otra parte, no puede dudarse de que el aspecto del RDLRT más insuficientemente regulado, y por lo tanto, más ocasionado a conflicto y más necesitado de nueva ordenación, es el relativo a la regulación de los servicios esenciales de la comunidad. Es más: el hecho de que la regulación de los servicios esenciales sea "el único mandato ineludible que contiene el artículo 28.2 de nuestra Constitución" (J. M. GALIANA MORENO. "Huelga y servicios esenciales". En: *El derecho de huelga. Seminario Hispano-alemán*, Rev. Fac. Der. UCM, Nº 17, 1993, p. 226) apoya la decisión de dedicar una norma específica a tal regulación. Así se explica que ese mismo modelo (Ley de servicios esenciales) haya sido seguido en alguna experiencia extranjera destacada como la Ley italiana 146/1990, reformada por Ley 83/2000.

II. PRIORIDAD DE LOS SERVICIOS ESENCIALES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

En la construcción del artículo 28.2 de la Constitución española –reconocimiento del derecho de huelga y garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad– queda claro que el desenvolvimiento de estos servicios tiene prioridad sobre el derecho de huelga (Sentencias del Tribunal Constitucional de 11/1981 y 123/1990). Esa prioridad, proclamada en el artículo 28.2 de la Constitución, se reitera en el 37.2 de esta cuando dispone que la ley que regule el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo "incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad". (A los servicios esenciales, por cierto, vuelve a referirse, como posible materia reservada al sector público, el art. 128.2 CE).

Como viene diciendo doctrina constitucional consolidada (por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981), "ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado". Si el derecho de huelga permite a los trabajadores el incumplimiento de su contrato para infligir un daño al empresario, la Constitución fija un límite para evitar que los usuarios de los servicios esenciales sufran un "daño innecesario" (STC 193/2006); límite que, justamente por venir establecido en la Constitución, no supone vulneración del contenido esencial del derecho (STC 11/1981: "por el hecho de establecerse tal límite no se viola el contenido esencial del derecho").

Los derechos e intereses de la entera comunidad prevalecen así, lógicamente, sobre los de un sector de ella, el sector de los trabajadores en huelga. Ahora bien, la garantía de los servicios esenciales no podrá traducirse en la radical supresión del derecho de huelga; al contrario, con la fijación de unos servicios mínimos lo que ha de perseguirse es tan solo una "cobertura mínima" –no una cobertura óptima, idéntica a la existente cuando no hay huelga– de las necesidades atendidas por los servicios esenciales (Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1986 y 193/2006). Quiere ello decir que el "contenido esencial" del derecho de huelga ha de respetarse en todo caso, incluso cuando se ejerce en el ámbito de los servicios esenciales: "El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección" (Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006). "Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución –añade la

citada Sentencia, citando las del propio Tribunal 11/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990 y 148/1993– procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad".

III. EL CONCEPTO LEGAL DE SERVICIOS ESENCIALES

La primera tarea de la futura Ley debe ser la definición de los servicios esenciales a cuyo mantenimiento ha de plegarse el derecho de huelga. Precisamente es la ausencia de esa definición uno de los puntos débiles del RDLRT más criticados por la doctrina jurisdiccional y académica.

A tal efecto, la opción más adecuada parece aquella que combina una definición general con una lista especificadora de los más importantes servicios esenciales, puestos en relación con los intereses que estos servicios –o, en su caso, concretas actividades dentro de ellos– atienden. Un punto de partida seguro para la definición general es sin duda la formulación del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor son servicios esenciales los destinados a satisfacer derechos fundamentales y libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos (Sentencias del Tribunal Constitucional 11 y 26/1981, y 51/1986). En la definición de los servicios esenciales resultará un punto de referencia útil el artículo 31 de la Carta Social Europea (canon interpretativo de los derechos fundamentales según el art. 10.2 CE), que admite restricciones a los derechos y principios en ella reconocidos cuando "sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres". Concuerdan con estos criterios la jurisprudencia y doctrina judicial que conectan la función de los servicios esenciales con la finalidad de respeto a los derechos a la vida, a la salud y a la asistencia sanitaria; a la libertad y seguridad personal; a la libertad de comunicación y circulación; a la libre información veraz; a la educación o al trabajo (vid. E. MONREAL BRINGSVAERD: *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 73 y ss.; un "catálogo doctrinal y ejemplificativo de servicios esenciales". En: J. B. VIVERO SERRANO. *La huelga en los servicios esenciales*. Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 149 y ss.).

La jurisprudencia constitucional viene, en efecto, poniendo énfasis en un concepto finalístico de los servicios esenciales, en el que, por lo tanto, debería inspirarse la futura ley que regulara su mantenimiento en caso de huelga. La Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2006 precisa, en el sentido indicado, que

"antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos".

"Esta última óptica –continúa la sentencia–, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspiran nuestra Constitución. Con la consecuencia de que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma" (Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, 51/1986, 53/1986, 43/1990, 148/1993 y 191/2006).

El hecho de admitir como criterio prioritario para determinar cuándo un servicio es esencial los derechos e intereses cuya satisfacción pretende el servicio, y la afirmación de que "a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial" (Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006) no impiden, como hemos indicado más arriba, que el legislador pueda incluir expresamente, en atención a la seguridad jurídica, una relación no exhaustiva de los más destacados servicios esenciales, siempre que se delimite su alcance en conexión con las finalidades asignadas por la jurisprudencia constitucional. El examen de esas finalidades o resultados es el que lleva a la propia jurisprudencia constitucional a reconocer como servicios esenciales los transportes ferroviarios, aéreos y metropolitanos, el suministro de agua y energía eléctrica, los servicios hospitalarios, determinados niveles de enseñanza o determinados programas radiofónicos y televisivos.

A nuestro juicio, convendría ampliar la fórmula general de definición de los servicios esenciales (aquellos que garantizan derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente) incluyendo la garantía de los principios constitucionales, que ni son propiamente derechos o libertades ni tampoco bienes. Con tal inclusión quedaría garantizado, por citar un ejemplo relevante, el mantenimiento de los servicios esenciales en el ámbito de la Seguridad Social; materia esta que no constituye el objeto de un derecho fundamental ni de los ciudadanos sino un mero principio rector de la política social y económica (art. 41 CE).

La lista o relación especificadora de los más importantes servicios esenciales establecería los sectores y, dentro de ellos, las actividades en que dichos servicios operan y las prestaciones esenciales a mantener. Tal lista tendría un carácter abierto o ejemplificativo, permitiendo su eventual ampliación. En todo caso, la Ley consideraría servicios esenciales (sin perjuicio de precisar en cada caso las actividades en las que la huelga habría de ceder a favor del mantenimiento de servicios mínimos) los siguientes: defensa nacional, seguridad pública y protección civil; administración de justicia; educación; transportes; comunicaciones; salud y seguridad social; protección del medio ambiente; suministro de electricidad, agua, gas y combustibles; funcionamiento de los poderes constitucionales; aduanas; instituciones penitenciarias; patrimonio histórico-artístico; servicios funerarios.

La Ley debería puntualizar que la figura de los servicios esenciales es aplicable tanto a las actividades del Sector Privado como a las del Sector Público, y tanto a las prestaciones de los trabajadores en sentido estricto (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) como a la de los funcionarios públicos y personal estatutario dotado de régimen administrativo. El hecho de que el artículo 28.2 CE refiera el derecho de huelga a los "trabajadores" no significa que queden excluidas esas otras categorías de prestadores de servicios; téngase en cuenta lo dispuesto al respecto en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: "(…) se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas". La futura Ley de Servicios Esenciales podría incluir un precepto análogo, con la lógica exclusión de los empleados públicos que carecen de derecho a la sindicación y a la huelga.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

La garantía de los servicios esenciales de la comunidad se viene encomendando en nuestro ordenamiento jurídico a la institución de los "servicios mínimos" que deben mantenerse durante la huelga. Aunque esta es la medida fundamental prevista por el ordenamiento para el cumplimiento de la previsión del artículo 28.2 de la Constitución española, no puede ignorarse que existen otras posibles técnicas jurídicas de apoyo a la continuidad de los servicios esenciales. Así ocurre con el establecimiento de preavisos especiales en la declaración de la huelga, la exigencia reforzada del deber de negociar durante esta, el sometimiento del conflicto a procedimientos de mediación o arbitraje, incluido el arbitraje obligatorio, la utilización de trabajadores no huelguistas, la prohibición de la huelga en

determinadas fechas, la prohibición de determinados tipos de huelga, la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, etc.; técnicas que debería tener presentes la futura ley reguladora de la materia.

La cuestión de la determinación de los servicios mínimos viene resuelta actualmente en el RDLRT mediante la atribución de tal función a las autoridades gubernativas competentes sobre los respectivos servicios. Ciertamente, el reconocimiento de la facultad de determinar los servicios mínimos a dichas autoridades no se opone al diseño constitucional; es más, el Tribunal Constitucional ha declarado que ese reconocimiento es "la manera más lógica de cumplir con el precepto constitucional" (Sentencia 11/1981), que ofrece "una garantía de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales" (Sentencia 26/1981) y que la autoridad gubernativa tiene "un papel irrenunciable" en la fijación de los servicios mínimos (Sentencias 11/1981 y 296/2006).

La exigencia de imparcialidad en el sujeto definidor de los servicios mínimos (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1989) excluye desde luego que la fijación de estos pueda confiarse a una de las partes: "la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial" (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, que puntualiza que las medidas o garantías de aseguramiento de los servicios esenciales no pueden quedar al arbitrio de los huelguistas, como quería el recurso que dio lugar a esa importante sentencia; y ello, porque "es difícil que los mismos interesados puedan ser juez y parte").

La aplicación de este sistema gubernativo de fijación de los servicios mínimos viene, sin embargo, resultando notoriamente insatisfactoria, dando lugar a numerosos litigios, de tardía (y, por tanto, ineficaz) resolución (un ejemplo, entre otros muchos posibles, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990). La inadecuación del sistema se debe tanto a las vías impugnatorias de las resoluciones gubernativas (recursos administrativos y contencioso-administrativos) como al hecho de que la fijación de los servicios mínimos se viene efectuando por muy diversas autoridades gubernativas, ante cada concreto supuesto de huelga, lo que no permite la creación de una doctrina medianamente segura.

Frente al régimen legal hasta ahora vigente, resultaría más efectivo y rápido (y más dotado de garantías de adecuación jurídica) un sistema en el que la facultad de fijar los servicios mínimos se rigiera por estos o parecidos principios:

1) La Ley debería dejar claro que los servicios que hay que mantener en las huelgas en servicios esenciales son, justamente, aquellos que tienen el carácter de "mínimos", lo que tiene un doble significado: en

primer lugar, y como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2006, "las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual, ni asegurar el funcionamiento normal del servicio"; en segundo lugar, en cuanto mínimos, esos servicios pueden ser superados si las circunstancias de la empresa lo permiten, de modo que, si el número de trabajadores no huelguistas lo hiciera posible, el volumen de actividad de la empresa podría incrementar ese nivel mínimo garantizado.

2) El hecho de que la fijación de los servicios mínimos no pueda aspirar a que los servicios esenciales funcionen con toda normalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986) no significa que las prestaciones de los trabajadores afectados a los servicios mínimos deban de ser también mínimas o reducidas, sino que habrán de seguir siendo las normales, idénticas por tanto, a las de los trabajadores no huelguistas.

3) La facultad de fijar los servicios mínimos podría atribuirse sea al acuerdo entre los correspondientes interlocutores sociales, sea a una instancia pública, permanente, cualificada técnicamente e imparcial, específicamente instituida por la ley al efecto. Esta última solución parece preferible por varias razones: en primer lugar, sería una solución rápida y no ocasionada a conflictividad añadida; en segundo lugar, sería una solución que coincidiría con la que viene siendo avalada decididamente por el Tribunal Constitucional en sus declaraciones de constitucionalidad de la competencia de la autoridad gubernativa; y en tercer lugar, sería una solución que garantizaría la elaboración de unos criterios uniformes y con ello la necesaria seguridad jurídica. La citada instancia pública se constituiría, a ejemplo de lo que ocurre con otros organismos, mediante unos entes de ámbito autonómico y un ente de ámbito nacional o estatal; entes cuyas respectivas competencias operarían en función del ámbito territorial de las huelgas. Estos órganos especializados cumplirían ventajosamente el papel que hoy desempeña la autoridad gubernativa, primero precisamente por su especialización, y luego porque sus resoluciones serían impugnables no ante la jurisdicción contencioso-administrativa, fuente de incontables problemas, sino ante la social. Además, en el sumario procedimiento de actuación de los referidos

órganos, la Ley podría dar entrada a la preceptiva audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales afectadas por la huelga, incorporando así al procedimiento el juego de la autonomía colectiva. Los actos de determinación de los servicios mínimos serían publicados en el Boletín Oficial correspondiente. En fin, los órganos de referencia tendrían también competencia para velar por la legalidad del desarrollo de la huelga en los servicios esenciales, adoptando las medidas precisas para su aseguramiento, y para dirimir, ejerciendo una función arbitral, las diferencias de orden social que pudieran plantearse al declararse la huelga y que pudieran producirse durante el desarrollo de esta.

Una fórmula intermedia –que seguramente sería preferida por los interlocutores sociales pero que, sin embargo, dilataría el procedimiento– podría ser la de que dichos órganos imparciales tuvieran una competencia subsidiaria, pudiendo fijar los servicios mínimos solo en defecto de la decisión adoptada mediante acuerdo de dichos interlocutores.

4) La fijación de los servicios mínimos incluiría también reglas fijando los criterios sobre los que habría de regirse la designación de los trabajadores encargados de los referidos servicios mínimos.

5) La resolución que fijara los servicios mínimos debería ser motivada (Sentencias del Tribunal Constitucional 122/1990 y 8/1992, entre otras), adecuada y proporcionada (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981). Como sostiene una reiterada doctrina constitucional, "cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad de la que procede el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación de este. Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias, es preciso, no solo que tenga una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente, con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole, asimismo, probar que los actos

de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba" (Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006, con cita de las Sentencias 26/1981, 51/1986, 53/1986, 43/1990, 122/1990 y 8/1992). "En definitiva –continúa la Sentencia 193/2006– han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente, los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas".

En concreto, prosigue la indicada Sentencia 193/2006 marcando la pauta que debe seguir la autoridad que establezca los servicios mínimos, "la decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar las razones que sustentan la consideración del servicio como esencial, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone".

En fin, "en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute" (Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 8/1992, 148/1993 y 193/2006).

6) Las resoluciones de la autoridad pública que fije los servicios mínimos (y cualesquiera otras medidas para proveer al mantenimiento de los servicios esenciales) serían impugnables ante el orden social de la jurisdicción, a través de un proceso dotado de inmediatez (proceso que ya reclamaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990). Ello supondría la derogación del actual art. 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 octubre (reguladora de la Jurisdicción Social), a cuyo tenor no corresponden al orden social de la jurisdicción "las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el

mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos (…)".

V. DESIGNACIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS A LOS SERVICIOS MÍNIMOS

La obligada atención a los servicios esenciales de la comunidad tiene como último paso la designación de los concretos trabajadores que hayan de quedar afectados al mantenimiento de los servicios mínimos.

Partiendo de la base de que la atribución al empresario de esa facultad se ajusta al diseño constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990), la futura Ley podría, no obstante, hacer un acto de reconocimiento de la representación de los trabajadores, encomendando la designación de trabajadores al acuerdo entre los representantes de estos (o el comité de huelga) y el empresario. En caso de desacuerdo, podría atribuirse la competencia a una instancia arbitral imparcial; si la Ley optara por encargar la fijación de los servicios mínimos al órgano público especializado e imparcial al que se ha aludido anteriormente, podría ser este el competente para conocer y resolver las referidas discrepancias. El laudo resultante solo podría ser impugnado ante la jurisdicción social por vicios de legalidad, y a través de un procedimiento dotado de inmediatez.

La futura Ley debería precisar que la designación de los trabajadores encargados de los servicios mínimos ha de hacerse respetando los principios de igualdad y no discriminación, y que es lícito en principio designar para la cobertura de dichos servicios también a trabajadores declarados en huelga (Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990).

Asimismo, debería incluir la Ley el deber de obediencia que pesa sobre los trabajadores asignados a los servicios mínimos en orden al cumplimiento de las prestaciones correspondientes a tales servicios (Sentencia 123/1990). Corolario de ese deber sería el establecimiento expreso de sanciones (empresariales, graduadas según la gravedad de la conducta sancionada) frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso o insuficiente de esas prestaciones. Todo ello con independencia

de la posible existencia de responsabilidades indemnizatorias por daños y perjuicios, así como de responsabilidades gubernativas o penales.

Al margen de la tipificación de las responsabilidades en que pudieran incurrir los trabajadores afectados a los servicios mínimos, habría que incluir las de los sindicatos, huelguistas y terceros que vulneraran con sus actuaciones el mantenimiento de dichos servicios y, con ello, obstaculizaran la garantía constitucional de aseguramiento de los servicios esenciales de la comunidad. Estos actos, según su naturaleza, podrían ser también objeto de responsabilidades civiles, laborales, gubernativas o penales.

IV. PROCEDIMIENTO DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

La huelga en servicios esenciales debería ser declarada mediante votación expresa y por mayoría simple de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de estos mismos. Igualmente habría de ser notificada por los convocantes al empresario u organización empresarial, y, de aceptarse la figura, al órgano imparcial instituido con competencia en la materia. Dicha notificación debería observar un plazo de preaviso superior al establecido con carácter general (el plazo actual de 10 días podría mantenerse); exigencia de preaviso que nuestro Tribunal Constitucional tiene dicho que no vulnera el contenido esencial del derecho de huelga (Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 y 332/1994). Durante ese periodo las partes tendrían la obligación de negociar de buena fe, con el propósito de alcanzar un acuerdo que hiciera innecesaria la huelga.

La comunicación de la huelga expondría la iniciación, la duración prevista y los motivos y objetivos de esta, así como las actuaciones que se vinieran desplegando en el conflicto y la designación del comité de huelga. Al mismo tiempo, la declaración de la huelga debería hacerse pública para permitir su conocimiento a los usuarios del servicio y a las organizaciones de consumidores afectadas. En todo caso, las partes tendrían el deber de negociar para intentar poner fin a la huelga. Si esta produjera un daño grave y desproporcionado a las empresas o a los usuarios, el órgano imparcial del que se ha tratado más arriba estaría legitimado para imponer un arbitraje obligatorio (figura cuya constitucionalidad se viene proclamando desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981), a requerimiento de los empresarios, organizaciones empresariales u organizaciones de usuarios afectados, o a propuesta de la Autoridad gubernativa o laboral.

El incumplimiento de los servicios mínimos daría lugar a las responsabilidades de los trabajadores a las que se aludió en el apartado 5, así como a las de las organizaciones sindicales infractoras, y facultaría a la Autoridad gubernativa para imponer procedimientos sustitutivos de mantenimiento de dichos servicios, que podrían llegar en casos extremos a la movilización y a la militarización de trabajadores.

VII. HUELGA, SERVICIOS ESENCIALES Y ESTRUCTURAS LABORALES COMPLEJAS

Finalmente, una Ley reguladora de la huelga en los servicios esenciales debería abordar el problema adicional que se plantea cuando tal huelga tiene lugar en supuestos de descentralización productiva. La norma podría determinar que, cuando tanto la empresa principal como la contratista prestaran servicios esenciales, podrían también los trabajadores de la empresa contratista ser afectados al cumplimiento de los servicios mínimos correspondientes. Asimismo, debería precisarse la situación jurídica derivada del hecho de que los trabajadores de la empresa contratista que prestaran sus servicios en centros de trabajo de la empresa principal se declarasen en huelga. La norma debería delimitar los supuestos en que la empresa principal tendría derecho a rescindir la contrata –los supuestos que se hubieran previsto lícitamente en esta– y la contratista a extinguir los contratos de trabajo (cuestiones sobre la que se pronunció, asumiendo a nuestro juicio funciones propias del legislador, la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2010, de 29 de octubre, seguida por otras del mismo año; vide sobre ella nuestro comentario en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social.* Tomo XXVIII, 2010, Thomson/Civitas, 2011, p. 69 y ss.).

LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A propósito de su omisión en la Nueva Ley del Servicio Civil y la función de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil

"En el mundo laboral, la ley actúa como un piso;
en el mundo administrativo,
la ley es piso, paredes y techo (...)"[1]

Mario Pasco Cosmópolis

CARLOS GUILLERMO MORALES[2]

El presente ensayo tiene por objeto analizar los principios que regirán el régimen disciplinario previsto en la Ley Nº 30057, en vigencia desde el 14 de setiembre de 2014.

La importancia y actualidad del tema lo ameritan, dado que la entrada en vigencia del nuevo régimen disciplinario constituye uno de los aspectos esenciales de la implementación de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante,

(1) PASCO, Mario. *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 272.

(2) Presidente del Tribunal del Servicio Civil. Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y del Diplomado de Derecho y Gestión del Empleo Público de la Universidad de Piura. Docente Asociado de la Academia Nacional de la Magistratura. Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Comisión de Asuntos Laborales de la Cámara de Comercio de Lima.

Las opiniones vertidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva del autor.

NLSC), dado que interesa a los operadores del Derecho conocer los principios que regirán su aplicación práctica en el futuro.

La NLSC no ha regulado en forma expresa los principios, lo cual en sí mismo, no es una virtud o un defecto, pues como ha señalado en forma certera nuestro homenajeado: "los principios son (…) aquellos valores que solventan la ley, la complementan y orientan su aplicación"[3], por lo que no requieren de una formulación expresa en el derecho positivo.

Frente a este vacío, la doctrina y la jurisprudencia han cumplido una eficaz función de integración, especialmente la jurisprudencia constitucional y del Tribunal del Servicio Civil, que han ido caracterizando los principios de aplicación más frecuentes dentro del ámbito disciplinario del Sector Público, como se pasa a analizar seguidamente.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE EL SERVIDOR PÚBLICO Y EL ESTADO EMPLEADOR

Como bien ha puntualizado Pasco, la característica esencial de la relación de trabajo en el ámbito público es su naturaleza estatutaria[4], por lo que su regulación se da a través de normas de Derecho Administrativo, en tanto que en el Derecho Privado su configuración es de naturaleza contractual, correspondiéndole a la ley fijar un piso mínimo de derechos indisponibles, susceptibles de mejora por la autonomía individual y colectiva.

Así, mientras que en el régimen privado el inicio de la relación de trabajo se materializa con la celebración de un contrato de trabajo de acuerdo a los términos del artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. Nº 003-97-TR (en adelante, LPCL), en el régimen público requiere el cumplimiento de tres condiciones esenciales: ingreso del servidor por concurso público, plaza vacante y disponibilidad presupuestal en la entidad que lo nombra o designa.

Así, la relación de empleo público está sujeta a estrictas regulaciones de orden público económico, como las presupuestales, que limitan la fijación de las

(3) PASCO, Mario. "Reflexiones sobre los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Editorial Grijley, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2009, p. 4.

(4) Ibídem, p. 271.

condiciones económicas que regirán la prestación del servidor, y la posición que ocupe en el sistema de escalafón, así como su nivel remunerativo y categoría ocupacional.

Bajo estas premisas, la ley impregna de contenido todos los aspectos de la relación de empleo público, fijando los derechos y obligaciones, beneficios legales, normas sobre desplazamientos, régimen pensionario, etc.

El régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos tampoco resulta ajeno a estos presupuestos, como manifestación palmaria de la vigencia absoluta del *principio de legalidad*(5), que erige a la ley como fuente generadora de derechos y obligaciones del servidor público, que opera desde el surgimiento hasta el término de la relación, extendiéndose durante todo el tiempo que dure la relación de trabajo, lo que incluye la aplicación del régimen disciplinario en caso de que incurra en una falta administrativa.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO

Como ha sido señalado por Pasco, los principios son verdades anteriores y superiores a la norma legal(6); es más, cumplen una triple función dentro del sistema jurídico.

De acuerdo a la tipología ensayada por De Castro, los principios cumplen las funciones siguientes: informadora, porque ilustran al legislador y fundamentan el contenido del ordenamiento jurídico; normativa, porque constituyen fuente supletoria ante un vacío legal; o, interpretativa, pues sirven de criterio orientador al juez o al intérprete, según el caso(7).

A nivel normativo, la Constitución en su artículo 139, numeral 8 señala como principio de la función jurisdiccional: "El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario".

(5) Por ello resulta sumamente ilustrativa la cita con que se inicia el presente artículo que recoge la feliz expresión de Pasco, en el sentido de que la ley dentro del régimen legal público es piso, paredes y techo, para contrastar con la función que cumple en el régimen laboral privado, de piso mínimo de derechos.

(6) PASCO, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2009, p. 4.

(7) Ibídem, pp. 4-5.

El Código Civil, en el artículo VIII de su Título Preliminar, señala que: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano".

Enrique Bernales, comentando la norma constitucional señala que: "El concepto tiene un significado restrictivo, en tanto se refiere a la posibilidad que existan supuestos fácticos en disputa que no hayan sido contemplados por la norma. Marcial Rubio sostiene que 'el vacío de derecho, en el sentido que la Constitución utiliza el término, contiene dos elementos: la ausencia de norma y la necesidad de que ella exista. Por su propia naturaleza, es materia de opinión y de razonabilidad'"[8].

Como puede apreciarse, el énfasis sobre los principios recae en sus funciones normativa e interpretativa, que son las que motivan la presente colaboración, que por su extensión nos conmina a abordar sin más la temática referida a los principios que orientan al régimen disciplinario en el ámbito público.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO APLICABLES AL PROCESO DISCIPLINARIO ADMINISTRATIVO

Partimos de la premisa que el presente análisis se circunscribe al régimen disciplinario aplicable a las relaciones de sujeción especial, en las cuales la Administración Pública ejerce su potestad sancionadora (o *ius puniendi*) sobre el personal a su servicio, actuando como Estado-Empleador, para diferenciarlas de las relaciones de sujeción general, reguladas por la LPAG.

Para ello vale la pena anotar las peculiaridades del proceso disciplinario, derivadas del carácter estatutario de las relaciones de trabajo en la Administración Pública, las cuales determinan los fundamentos de la potestad sancionadora estatal a través de los siguientes rasgos característicos:

a) **Se aplican los principios propios de la potestad sancionadora**, con mayor énfasis los siguientes: i) principio de legalidad, ii) principio de debido procedimiento, iii) principio de razonabilidad, iv) principio de tipicidad, y, v) el de non bis in ídem[9].

(8) BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado.* Constitución y Sociedad, Lima, 1999, p. 648.

(9) Ver el catálogo completo de principios de la potestad sancionadora en el artículo 230 de la LPAG.

b) **Desdoblamiento de las fases de investigación y de sanción**[10], que también es un rasgo del proceso penal, del cual también son tributarios los principios de legalidad y de tipicidad, esenciales para la imputación de las infracciones administrativas o faltas disciplinarias.

c) **Vigencia de las normas del debido proceso administrativo en las distintas etapas del proceso disciplinario**, especialmente del derecho de descargo que presupone una imputación en la que se precise la conducta infractora y la norma de subsunción que habría sido inobservada.

d) **Se aplican las mismas normas que limitan o restringen la potestad sancionadora**, como las normas sobre inmediatez y prescripción, que impiden el ejercicio del *ius puniendi* de la Administración Pública.

e) **Existe una vía procesal y un órgano especializado para la resolución de las controversias en materia disciplinaria**, constituyendo el Tribunal del Servicio Civil el órgano competente para resolver los reclamos iniciados por los servidores comprendidos en el ámbito de la NLSC en materia disciplinaria, así como para la extinción de la relación de trabajo[11].

Un ejemplo ilustrativo de la forma de actuación de los principios en el proceso disciplinario, es la regulación plasmada en la Ley Nº 29622, que está orientado a normar el procedimiento sancionatorio aplicable a los funcionarios responsables de infracciones administrativas identificadas en los informes de control, a cargo del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Dicha norma en su artículo 51, además de recoger la figura del desdoblamiento del proceso en las fases de instrucción y sanción, y asignar competencia al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas para resolver los recursos de apelación en materia disciplinaria, en su parte final señala expresamente que:

(10) Ver artículo 106 del Reglamento de la NLSC, Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM.

(11) Ver al respecto, Decreto Supremo Nº 008-2010-PCM, artículo 3, que señala que: "El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación exclusivamente sobre las materia siguientes: a) acceso al servicio civil, b) evaluación y progresión en la carrera, c) régimen disciplinario; y, d) terminación de la relación de trabajo (…)". Modificado por la Ley Nº 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, Centésima Tercera Disposición Complementaria Final.

> "El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional **se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**".

A diferencia de la NLSC, la Ley Nº 29622 ha recogido en forma expresa los principios del régimen disciplinario, haciendo el reenvío a las normas y principios que rigen la potestad sancionadora en la LPAG, lo cual no ha sido óbice para que esta tarea sea asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como por el Tribunal del Servicio Civil, supliendo este vacío formal, como se pasa analizar.

IV. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO DISCIPLINARIO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

A efectos de ilustrar con mayor claridad este último punto, analizaremos a continuación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como de la Corte Suprema a propósito de tres de los principios emblemáticos en materia disciplinaria: el principio de inmediatez –tomado del régimen laboral privado–, el principio de legalidad y el de debido procedimiento administrativo, que constituyen la matriz interpretativa de la mayoría de pronunciamientos emitidos por el Tribunal del Servicio Civil, y han ido perfilando los contornos garantistas de cada uno de ellos.

1. Principio de inmediatez

Como se ha señalado, el principio de inmediatez está referido esencialmente al ámbito del régimen laboral privado.

Sobre el particular, el artículo 31 de la LCPL, hace referencia al principio de inmediatez en su párrafo final, señalando que dentro del marco del proceso disciplinario "deberá observarse el principio de inmediatez".

Sin embargo, la norma no señala en qué consiste dicho principio, ni precisa pautas concretas para su aplicación, correspondiendo en un inicio a la jurisprudencia laboral delinear los contornos del principio de inmediatez.

Para la Corte Suprema, su objetivo es proteger al trabajador "estableciendo una limitación al despido a través de la exigencia de una relación causal y de

contemporaneidad entre este y el hecho que la causa"[12], garantizando "una adecuada racionalidad de carácter temporal entre la falta grave advertida, su imputación y la comunicación del despido (…) debiendo existir proximidad entre el conocimiento de la falta por el empleador, o su comisión y la sanción"[13].

La sanción por su inobservancia ha consistido en que se presume que el empleador perdona o remite la sanción disciplinaria, decayendo con ello su potestad sancionadora, como lo ilustra esta jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema:

> "la sanción debe imponerse tan pronto sea conocida la falta cometida, ya que si el empleador no actúa en su debido momento es porque 'ha perdonado' u 'olvidado' dicha infracción, en cuyo caso pierde el derecho a ejercer la facultad disciplinaria correspondiente"[14].

Por su parte, el Tribunal Constitucional elaboró una construcción jurisprudencial más elaborada[15], en la cual distingue los dos instantes en que opera el principio de inmediatez, a los que denominó, respectivamente:

a) **El proceso de cognición**, es decir, el momento en el cual el empleador toma conocimiento de la falta, la encuadra como una infracción tipificada por la ley, susceptible de ser sancionada, y comunica este hecho a los órganos de control y de dirección.

b) **El proceso de volición**, que consiste en la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido.

Así, el periodo de inmediatez en la etapa investigatoria constituye el momento en que el órgano encargado de la investigación de la falta toma conocimiento de la misma, encuadrándola como falta disciplinaria, y la comunica al órgano sancionador para que formule la imputación de cargos.

La etapa sancionatoria se considera desde el momento que el órgano sancionador toma conocimiento de los hechos y formula la imputación, que deberá

(12) Casación Laboral Nº 150-2005, precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de agosto de 2006.

(13) Casación Laboral Nº 1917-2003, precedente vinculante de la Corte Suprema, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2007.

(14) Casación Laboral Nº 1754-2003, precedente vinculante de la Corte Suprema, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 2005.

(15) Al respecto, ver Ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 00543-2007-PA/TC, f. j. 7.

constar en una comunicación escrita fundamentada, en la que se indique con precisión los hechos constitutivos de falta grave y la norma de subsunción que ha sido infringida.

Por su parte, el Tribunal del Servicio Civil, mediante Resolución de Sala Plena Nº 003-2010-SERVIR/TSC, acordó como *precedente administrativo de observancia obligatoria* la adopción de los siguientes criterios[16], aplicables tanto al ámbito del régimen laboral público como privado:

> "(...) El Estado-Empleador del régimen laboral privado (...) también está sujeto al principio de inmediatez, previsto en el artículo 31 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...), como un límite inherente al poder que la ley le ha otorgado para ejercer la facultad disciplinaria (...).
>
> En cuanto a la oportunidad en la que se debe invocar la aplicación del principio de inmediatez (...) se distinguen:
>
> (i) El proceso cognitivo del empleador, es decir, cuando toma conocimiento de la falta 'a raíz de una acción propia, a través de los órganos que dispone la empresa a raíz de una intervención de terceros (...).
>
> (ii) La definición de la conducta descubierta 'como infracción tipificada por la ley, susceptible de ser sancionada' y comunica 'a los órganos de control y de dirección'.
>
> (iii) El proceso volitivo, referido a 'la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido' (...)".

Para el citado Tribunal: "la inmediatez en el ejercicio de la potestad disciplinaria se hace exigible al Estado-Empleador a partir del momento en que éste (…) cuenta con los elementos suficientes para imputar al trabajador infractor la comisión de una falta laboral y, como consecuencia de ello, para aplicar la sanción que corresponda, dentro de los límites de la razonabilidad"[17].

Con la entrada en vigencia de la NLSC, esta discusión tendrá nuevos parámetros, puesto que dicha norma fija los plazos máximos de prescripción para la

(16) Ver ff. jj. 9, 13 y 14, respectivamente, de la referida Resolución.

(17) Ver f. j. 16 de dicha resolución.

tramitación de un proceso disciplinario, los que serían aplicables tanto a la etapa de investigación como la de sanción, los cuales, en ningún caso, deben exceder de un año calendario.

Complementando lo expuesto, la NLSC en su artículo 94[18] contempla dos modalidades de cómputo de los plazos prescriptorios arriba indicados: la primera, fija un plazo de tres años contados desde que se cometió la falta, y la segunda, un plazo de un año, computado desde que el órgano encargado de la investigación toma conocimiento de los hechos infractorios.

Con ello, el principio de inmediatez, de recepción originaria en el régimen laboral privado, resultaría inaplicable en el nuevo régimen disciplinario, pues los plazos que regirían tanto la etapa cognitiva como la volitiva habrían sino ampliados a los límites legales arriba indicados, fijando nuevos parámetros para la sustanciación del proceso disciplinario.

2. Principio de legalidad

Como hemos señalado, en el párrafo final del artículo 51 de la Ley Nº 27785[19], se señala que "el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta **a los principios de legalidad** y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General".

Con ello, queda consolidada la doble función que cumplen dichos principios, que sirven de criterio interpretativo y de orientación para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, así como para suplir los vacíos del ordenamiento administrativo.

Respecto del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que "constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho"[20].

Ello por cuanto "este principio no solo exige que por ley se establezcan los delitos, sino que también las conductas prohibidas estén claramente delimitadas

(18) Conforme al artículo 2000 del Código Civil, solo por ley se puede fijar los plazos de prescripción.

(19) Modificado por el artículo 1 de la Ley Nº 29622, que incorpora el Subcapítulo II en el Capítulo VII del Título III de la Ley Nº 27785.

(20) Ejecutoria del 13 de agosto de 2008, recaída en el Exp. Nº 06301-2006-PA/TC, f. j. 10.

por la ley, prohibiéndose la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones"[21].

Esta característica es conocida como el principio de sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, contemplado en el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, según el cual "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

Este principio, como señala Morón, denominado modernamente como vinculación positiva de la Administración a la Ley "exige que la certeza de validez de toda acción administrativa depende de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario"[22].

Por su parte, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan que:

> "(...) toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y solo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico se pueda derivar de él, puede tenerse como tal [una] acción administrativa válida (...)"[23].

Una manifestación palmaria del principio de legalidad ha sido resaltada en la propia Constitución, cuando advierte en el artículo 2, inciso 24, literal d), que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

A su vez, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

> "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos **y supone la imperiosa necesidad de**

(21) Ídem.

(22) MORÓN, Juan Carlos. Ob. cit., p. 26.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Lima-Bogotá, 2006, p. 477.

> **predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la ajena responsabilidad y a la eventual sanción**; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley"[24] (énfasis y agregado nuestro).

El Tribunal del Servicio Civil, ha seguido un criterio análogo[25] en los casos en que se han formulado imputaciones basadas en las causales genéricas de incumplimiento de obligaciones de trabajo o de negligencia en el ejercicio de funciones de parte de un servidor, tipificadas en los incisos a) y d) del artículo 28 del Decreto Legislativo Nº 276, señalando que:

> "19. (...) dada la generalidad de dichas infracciones administrativas, el principio de tipicidad se verá satisfecho o cumplido, únicamente si existe una expresa remisión a otra norma que especifique el incumplimiento (...)
>
> 20. En otros términos, para la aplicación de la sanción por la vulneración de los incisos a) y d) de los artículos 21 y 28 del Decreto Legislativo Nº 276 o de su Reglamento se incumplieron, o qué otras normas se vulneraron con la actuación negligente de sus trabajadores, según corresponda".

Incluso, el Tribunal del Servicio Civil, resolviendo un recurso de apelación contra una sanción disciplinaria interpuesto por un servidor contratado bajo la modalidad de contratación administrativa de servicios (CAS)[26], señaló que:

(24) Ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 00197-201-AA/TC, f. j. 4.

(25) Resolución Nº 01610-2014-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 15 de setiembre de 2014. ff. jj. 19 y 20.

(26) Sobre el particular, los artículos 15.A.2 y 15.A.3 del artículo 15.A. del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo Nº 065-2011-PCM, señala que:

"15.A.2. El poder disciplinario comprende la potestad de sancionar el incumplimiento de cualquier clase de obligación, tanto de origen contractual como legal, administrativo o funcional, conforme al procedimiento establecido a los efectos por la normativa de la materia.

15.A.3. Cada entidad adecua los instrumentos internos conforme a los cuales ejerce el poder disciplinario a que se refieren los numerales anteriores, en concordancia con las reglas y/o lineamientos elaborados por la Autoridad Nacional del Servicio Civil –Servir– los mismos que serán aprobados dentro de los 30 días siguientes de publicado el presente Decreto Supremo".

> "(...) este Cuerpo Colegiado estima que para que un incumplimiento contractual, administrativo o funcional sea sancionable en el régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo Nº 1057, **el hecho debe estar debidamente tipificado en alguna norma legal aplicable al personal de dicho régimen o bien en los instrumentos internos que la entidad contratante se encuentra habilitada a emitir o modificar en aplicación de su facultad reglamentaria**"(27) (el resaltado es nuestro).

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional calificando a las faltas disciplinarias de incumplimiento de obligaciones de trabajo o negligencia en el ejercicio de funciones "como cláusulas de remisión que requieren de parte de la administración (...) el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas [con lo cual] la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio [de legalidad] consagrado en el artículo 2, inciso 24, inciso d) de la Constitución (...)"(28).

3. Principio del debido proceso

A nivel doctrinario, este principio ha sido definido como el derecho que tienen los justiciables a ejercer su derecho de defensa con todos los derechos y garantías del debido proceso, que comprende su derecho a exponer sus argumentos de descargo y a ofrecer los medios probatorios que estimen pertinentes, en caso de ser objeto de cualquier imputación de naturaleza administrativa, laboral, e incluso penal.

En sede administrativa, el numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG dispone que:

> "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (…)".

Como sostiene Morón, el principio del debido proceso busca proteger al administrado, para no dejarlo en indefensión ante la autoridad:

(27) Resolución Nº 00152-2015-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 12 de febrero de 2015, f. j. 29.

(28) Ejecutoria recaída en el Exp. Nº 02192-2004-AA/TC, f. j. 7.

> "La violación de las normas sustantivas y formales establecidas en el procedimiento para garantizar el debido proceso, no son subsanables, ni en sede administrativa ni en sede judicial, por el contrario, deriva en una causal de nulidad del acto administrativo así emitido. La ley protege al administrado de cualquier estado de indefensión que pueda producirse en su perjuicio (...)"[29].

A partir de lo señalado, es posible desagregar los componentes del derecho al debido proceso en los siguientes:

a) El derecho a exponer los argumentos del trabajador, dentro del marco del proceso disciplinario.

b) El derecho a ofrecer y producir medios probatorios.

c) El derecho a conocer los fundamentos por los que se impone una sanción disciplinaria.

El derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución, ha sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional, que ha señalado que

> "(...) el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo (...) siendo el derecho de defensa parte del derecho del debido proceso, el cual se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés"[30].

Como puede apreciarse, el contenido esencial del derecho al debido proceso resulta igualmente aplicable en el ámbito administrativo disciplinario.

Se traduce esencialmente en el conjunto de garantías que el ordenamiento debe contemplar para que el trabajador pueda ejercer su derecho de defensa frente al Estado-Empleador, que es quien investiga y sanciona.

(29) MORÓN, Juan Carlos. Ob. cit., p. 29.

(30) Ejecutoria del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 08605-2005-AA/TC, f. j. 14.

Ello presupone que el trabajador pueda conocer en forma previa los cargos que se le imputa, los cuales deben estar debidamente tipificados como infracción administrativa, así como los medios probatorios que sustentan la imputación, para así estar en aptitud de ejercer su derecho de defensa en forma plena.

Al respecto, el Tribunal del Servicio Civil ha señalado que:

> "22. En relación a la tipificación de las conductas sancionables o infracciones, el numeral 4 del artículo 230 de la Ley Nº 27444, al desarrollar el principio de tipicidad de la potestad sancionadora administrativa, determina que **solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente con normas de rango legal mediante su tipificación como tales**, sin admitir interpretación extensiva o analogía (el resaltado es nuestro).
>
> 23. Por lo tanto, las entidades solo podrán sancionar la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que describen de manera clara y específica el supuesto de hecho infractor y la sanción aplicable (…)"[31].

Parte esencial del derecho de defensa y al debido proceso, está constituida por el otorgamiento de un plazo razonable al trabajador para que formule su descargo, resultando irrelevante la gravedad de la sanción –por ejemplo, amonestaciones o suspensiones– como ha dejado sentado la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil.

Sobre el particular, el Tribunal del Servicio Civil mediante Resolución de Sala Plena Nº 001-2012-SERVIR/TSC del 15 de mayo de 2012, ha señalado que:

> "21. (…) si bien el Decreto Legislativo Nº 276 y su reglamento, no disponen –en los términos regulados en el Capítulo XII de la segunda norma mencionada– que **de forma previa a la imposición de una sanción de amonestación o de suspensión deba realizarse un procedimiento administrativo disciplinario**; ello no implica que los administrados sometidos a la potestad disciplinaria de una entidad se encuentren desprovistos de la posibilidad de ejercer su derecho de defensa de forma previa a la aplicación de alguna de las dos sanciones referidas (el resaltado es nuestro).

(31) Por todas: Resolución Nº 00116-2015-SERVIR/TSC/Segunda Sala de fecha 28 de enero de 2015, ff. jj. 21 y 22.

> 22. En otros términos, si bien el Decreto Legislativo Nº 276 y su Reglamento no han regulado de forma expresa la obligación de las entidades estatales de solicitar descargos al personal a su servicio respecto de las presuntas faltas que les son imputadas antes de la aplicación de sanciones de amonestación o de suspensión; **estas están obligadas a respetar el mandato dispuesto en el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993 que señala que nadie puede ser privado del derecho de defensa**" (el resaltado es nuestro).

Complementando lo expuesto, la misma Resolución de Sala Plena hace referencia a las condiciones que debe revestir la comunicación de imputación, que debe señalar expresamente los hechos constitutivos de infracción, así como el sustento de la imputación, precisando las normas del ordenamiento jurídico que han sido vulneradas:

> "(...) Partiendo de estas consideraciones, se debe concluir que todo procedimiento disciplinario tiene como presupuesto de validez la comunicación escrita de los cargos imputados a un administrado por parte de su entidad empleadora, **con la necesaria descripción de los hechos que se le imputan y la mención exacta de las normas que presuntamente ha vulnerado con su actuación**, así como la oportunidad de presentación de descargos dentro de un plazo razonable y de forma previa a la aplicación de la sanción"[(32)] (el resaltado es nuestro).

Un ejemplo ilustrativo del referido criterio, está plasmado en la Resolución Nº 00215-2015-SERVIR/TSC-Segunda Sala de fecha 18 de febrero de 2015 en un proceso disciplinario en el que se le imputaba actos de negligencia al trabajador:

> "(...) de la revisión de los actuados (...) se acredita la vulneración al derecho de defensa del impugnante, así como el principio de tipicidad, y en consecuencia, el debido procedimiento, puesto que la Gerencia (...) al momento de calificar la conducta del **impugnante no identificó cuáles de los artículos contenidos en la Directiva (…) vulneró el impugnante con su actuación, así como al momento**

(32) Resolución de Sala Plena Nº 001-2012-SERVIR/TSC, f. j. 24.

> **de imponer la sanción no especificó qué normas vulneró ni calificó las faltas disciplinarias o infracciones que habría cometido con su actuación**, razón por la cual el procedimiento disciplinario analizado se encuentra inmerso en causal de nulidad, debiendo retrotraerse el mismo al momento de la imputación de cargos y solicitud de descargos"[33] (el resaltado es nuestro).

En la misma línea de análisis, el referido Tribunal ha considerado como una afectación al debido proceso que al trabajador no se le haya informado en forma previa de las actuaciones iniciadas en su contra, o que no se le haya permitido ejercer su derecho de defensa al ser sancionado sin darle la oportunidad de efectuar sus descargos:

> "(...) de lo señalado en los numerales precedentes, así como de la documentación que obra en el expediente administrativo, se aprecia que se ha vulnerado el derecho de defensa del impugnante, **puesto que ha sido sancionado en atención a normas que no le fueron comunicadas en los cargos imputados en su contra** (...).
>
> Por lo tanto, a fin que se garantice el respeto al debido procedimiento administrativo, de forma previa a la imposición de la sanción, la Entidad debió imputar correctamente las faltas en las que expresamente incurrió el impugnante, **lo cual implicaba la descripción expresa y exacta de los hechos y de las normas que se consideraban vulneradas con su actuación, a efectos que pueda ejercer su derecho de defensa**".

Con ello, la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil, recogiendo los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a los principios del derecho materia de análisis, ha permitido cubrir el vacío en que han incurrido los regímenes disciplinarios, integrando en forma coherente los aspectos relativos a la naturaleza estatutaria de la relación de trabajo pública, fijando criterios interpretativos de cómo operan –o cómo deben operar, según el caso– los principios referidos en los procedimientos administrativos disciplinarios.

(33) Ver f. j. 28 de la mencionada resolución.

Esta función interpretativa, incluso, se verá reforzada en la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil, en la medida en que en la NLSC no se ha hecho referencia a estos principios, dando lugar a nuevos pronunciamientos en materia disciplinaria, puesto que la nueva normativa se aplicará a los hechos constitutivos de infracción ocurridos a partir del 14 de setiembre de 2014, y seguramente habremos de invocar los principios emblemáticos que hemos analizado en la presente colaboración.

EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO EN CHILE

EMILIO MORGADO VALENZUELA[1]

Una explicación inicial. Con Mario nos conocimos a comienzos de los años setenta del movedizo siglo XX. Nuestros encuentros tuvieron lugar en numerosas ciudades de América y de Europa. Las sedes más recurrentes fueron Lima y Santiago. Cuando ocurrían en Lima, generalmente ellas se materializaban en el mítico restorán "Rana Verde" del Callao (por invitación de Mario) o en el restorán "Embarcadero 49", del Club de Regatas "Lima" (por invitación mía). Luego de intercambiar noticias acerca de nuestras familias y de nuestras actividades profesionales y académicas, recordábamos a amigos, comentábamos temas de política internacional y de nuestros países y, al momento de seleccionar lo que comeríamos y beberíamos, se imponía el peruanísimo hábito de destacar las tendencias prevalecientes en su afamada gastronomía, y la chilena costumbre de hablar de nuestros vinos tintos y blancos, en sus diferentes cepas.

(1) Abogado (Universidad de Chile). Miembro Honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Doctor Honoris Causa (Université de Bordeaux, Francia). Profesor de Derecho Internacional y Comparado del Trabajo en el Curso de Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Consultor nacional e internacional. Miembro del Panel Arbitral de la Cláusula Laboral del Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos y Chile. Miembro no Nacional de la Cláusula Laboral del Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos, América Central y República Dominicana. Expresidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidente y Presidente Honorario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del Grupo de los Nueve. Exfuncionario y Director Regional Adjunto de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe.

Culminada esa etapa hablábamos de lo que más nos unía: el Derecho del Trabajo. Desde hace casi dos años, frecuentemente conversamos acerca de los niveles de recepción o de ausencia explícita del principio de buena fe en la legislación del trabajo, y los posibles efectos que tendría en las relaciones de trabajo, tanto colectivas como individuales, la formulación y desarrollo de una política pública tendiente a revisar las actuales expresiones del principio de buena fe en dicha legislación. En nuestra reunión del lunes 24 de febrero de 2014, efectuada en el "Embarcadero 49", acordamos escribir acerca de las normas de buena fe existentes en Perú y en Chile respecto de dos materias específicas: las relaciones colectivas de trabajo y el procedimiento laboral. En la siguiente reunión –celebrada el miércoles 26 en el departamento de Alfonso de Los Heros, con la compañía de Úrsula, María del Rosario y Lola– al despedirnos, Mario me dijo que estaba elaborando el esquema del estudio comparado que desarrollaríamos, para enviármelo a Santiago en la siguiente semana. Lamentablemente no alcanzó a remitirlo.

El homenaje que ahora presento consiste en dar cumplimiento a mi compromiso

En tres apartados temáticos analizaré lo concerniente a los aspectos conceptuales de la buena fe, a la presencia de la buena fe en la legislación chilena reguladora de las prácticas desleales en las instituciones del Derecho colectivo del trabajo, y al principio de buena fe en el procedimiento laboral para la concreción de los correspondientes derechos y obligaciones vigentes. Concluiré formulando una reflexión inicial.

I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA BUENA FE

La expresión buena fe nos señala la existencia de confianza en alguien o en algo. A su vez, la palabra **confianza** comprende "la esperanza firme que se tiene de alguien o algo", lo que, referido a personas, revela la existencia de "una persona en quien se puede confiar". De conformidad con lo establecido en el Diccionario de la lengua española, la buena fe comprende los conceptos de rectitud y honradez. En el mismo *Diccionario* se expresa que, en Derecho, buena fe es el "criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho", y que en las relaciones bilaterales es "el comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte". Según ese *Diccionario*, su antítesis –la mala fe– revela la existencia de doblez o alevosía y significa la "malicia o temeridad con que se hace algo o detenta algún bien". Por ello, la locución **de buena**

fe equivale al concepto "con verdad y sinceridad", en tanto que **mala fe** equivale a "con malicia o engaño" A su vez, **María Moliner** asocia el concepto de buena fe a los de fidelidad y buena intención, a la vez que vincula el concepto de mala fe con el de malicia.

En el idioma inglés, la expresión **buena fe** equivale a buena intención y sinceridad, abarcando lo concerniente a lo que es efectivo y eficiente, honesto, benéfico, válido, honorable, apropiado y correcto, en un marco de confianza, creencia, credibilidad, seguridad y aceptabilidad. A la vez, la expresión **mala fe** equivale a insinceridad, duplicidad, infidelidad, deshonestidad y deslealtad.

La buena fe es un principio subyacente en el derecho, que presenta expresiones subjetivas y objetivas A la vez, en un deber contractual. Como principio y como deber, la buena fe está presente –explícita o implícitamente– en el Derecho del Trabajo. Uno y otro, por cierto, no son exclusivos de nuestro derecho pero en este alcanzan expresiones peculiares. Entre ellas, se puede evocar su función especial en las relaciones colectivas de trabajo, particularmente, en el acceso y ejercicio del derecho de sindicación y en el procedimiento de la negociación colectiva, así como en el cumplimiento de lo acordado en las convenciones colectivas y laudos resultantes de ella. También están presentes en los procedimientos laborales a los que las partes interesadas recurren para dar vigencia efectiva a los derechos y obligaciones derivados del derecho colectivo del trabajo.

II. LA BUENA FE EN LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO EN CHILE

En Chile, desde los orígenes del Derecho Colectivo del Trabajo hubo presencia del principio de buena fe en los correspondientes ordenamientos normativos. En efecto, tal principio estuvo presente en el proyecto de Código del Trabajo enviado en 1921 al Congreso por Arturo Alessandri Palma, entonces Presidente de la República[(2)]. Ese principio orientaba las normas acerca de la conciliación directa entre las partes, particularmente en lo relativo a la obligación de recibir a la delegación de los trabajadores y de dar respuesta a sus peticiones en un plazo perentorio. También orientaba a las normas acerca de la conciliación asistida por un tercero y a las normas sobre el procedimiento en las Juntas Tripartitas

(2) El proyecto fue elaborado por Moisés Poblete Troncoso, quien luego fue un destacado funcionario de la OIT.

de Conciliación. Así, por ejemplo, los miembros de esas Juntas debían dar plena garantía a las partes de que sus opiniones o fallos se inspirarían en la más estricta justicia e imparcialidad. De otra parte, se fomentaba la intervención personal de los empleadores y se exigía que los representantes de las partes contaran con el poder "para discutir las cuestiones objeto de la dificultad y firmar (…) las resoluciones a que se llegue". En lo concerniente a la huelga, en el citado proyecto de Código se prohibían las conductas destinadas a impedir o imponer la huelga, y las destinadas a causar daños materiales.

Resultaron infructuosos los esfuerzos del gobierno de Alessandri para que el Congreso aprobase el proyecto de Código. Uno de los efectos de los sucesos político-militares del 5 de setiembre de 1924 fue la adopción –el 8 de setiembre– de siete leyes basadas en el citado proyecto y en los debates que habían ocurrido entre 1921 y 1924. Así, en la Ley Nº 4056 se incorporó casi literalmente el contenido del proyecto de Código en lo referido a "los conflictos entre el capital y el trabajo". En esa Ley se protegió con fuero a los trabajadores en conflicto y se establecieron medidas para impedir que, una vez terminada la conciliación con el avenimiento de las partes, una de ellas rehuyere el cumplimiento exacto de lo convenido. El Código del Trabajo (13 mayo de 1931) incorporó el contenido de la Ley Nº 4056 y explícitamente estableció el fuero sindical como una medida de protección de la libertad sindical y de tutela del principio y derecho de no discriminación.

Entre las modificaciones del Código habidas hasta setiembre de 1973, cabe evocar en forma especial a la Ley Nº 16.625 (29/04/1967), sobre sindicación campesina, inspirada en los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT. En ella se prohibieron los actos de injerencia recíproca de las organizaciones de trabajadores y de empleadores agrícolas en su constitución, funcionamiento y administración interna, ya sea directamente o por medio de sus agentes o miembros.

El Código de Trabajo de 1931 y sus modificaciones rigieron hasta el 11 de setiembre de 1973, fecha en la que fácticamente sus normas perdieron vigencia real, hasta ser reemplazadas en 1979 por una nueva legislación, codificada en 1987.

Mediante el Decreto Ley Nº 2.758, del 6 de julio de 1979, se estableció un nuevo sistema de negociación colectiva, substituyendo al existente en el Código del Trabajo de 1931. En él se incorporaron normas sobre prácticas desleales en la negociación colectiva (artículos 67 y 69) y normas sobre prácticas desleales del empleador que atentan contra la libertad sindical (artículos 66, 68 y 70)[3].

(3) Al respecto cabe advertir que en el Decreto-Ley Nº 2.756, del 3 de julio de 1979 –sobre organización sindical– no se reguló lo concerniente a esas prácticas desleales.

Las multas aplicables en ambos tipos de infracciones eran de bajo monto, especialmente en su nivel mínimo: desde "un décimo de ingreso mínimo mensual" a "diez ingresos mínimos anuales", equivalentes –en esa fecha– a USD. 7,70 y USD. 9.219, respectivamente(4).

De otra parte, el conocimiento y resolución de las infracciones por dichas prácticas desleales se sujetaba a las normas de procedimiento aplicable en los casos de denuncia por infracciones legales en general, establecidas en el Libro IV del Código del Trabajo de 1931. En tal procedimiento correspondía a los inspectores del trabajo y demás funcionarios competentes efectuar las correspondientes denuncias ante los Tribunales del Trabajo.

Al integrarse las normas de Decreto-Ley Nº 2.787 al Código del Trabajo de 1987 (adoptado mediante la Ley Nº 18.620), lo concerniente a las prácticas desleales antisindicales y su sanción fue incorporado al Libro III del Código sobre "las organizaciones sindicales y el delegado del personal", en tanto que lo atinente a las prácticas desleales en la negociación colectiva y su sanción pasó a formar parte del Libro IV del Código, referido a la negoción colectiva. A la vez se substituyó el régimen de multas por otras menores a las establecidas en 1979, que fluctuaban desde un décimo de Unidad Tributaria Mensual hasta diez Unidades Tributarias anuales equivalentes, en esa época, a USD. 2,95 y USD. 3.540 respectivamente.

También se estableció que para el conocimiento y resolución de controversias derivadas de ambas modalidades de prácticas desleales se aplicarían las reglas comunes reguladas en el Título I del Libro IV del Código de 1987, en el que correspondía a las parte interesadas formular la respectiva denuncia ante el tribunal, dejando así de lado la intervención del inspector del trabajo o de la autoridad competente.

Cabe advertir que en la actual normatividad sobre estas materias, mantienen su vigencia gran parte de las normas establecidas en el Código de 1987. No obstante, desde el 11 de marzo de 1990 –con la reinstalación del sistema democrático en Chile– se han adoptado importantes reformas tendientes a: (i) ampliar el repertorio de prácticas desleales en materia de libertad sindical y de negociación colectiva; (ii) vigorizar el régimen conocimiento y resolución de las causas referidas a dichas prácticas, incluyendo un substantivo aumento del monto de las multas, y la aplicación del novedoso procedimiento especial de tutela laboral, y;

(4) Información proporcionada por Andrés Marinakis con base en datos estadísticos contenidos en: (i) Norberto García: El salario mínimo en Chile. PREALC, Investigaciones sobre empleo Nº 33, 1990, Santiago (publicado en 1991), y (ii) Banco Central: El tipo de cambio fijo en Chile: la experiencia en el periodo 1979-1982. Serie de Estudios Económicos, Documento de Investigación Nº 19, Santiago, 1983.

(iii) reinstalar la intervención de las autoridades administrativas del trabajo (Dirección del Trabajo e inspectores del trabajo), en los procedimientos de identificación de casos constitutivos de prácticas desleales o antisindicales, así como en la tramitación de los respectivos procedimientos judiciales.

A continuación presentaré las normas vigentes respecto de las prácticas desleales antisindicales y de las prácticas desleales en la negociación colectiva, que son las manifestaciones expresas de falta de buena fe en las relaciones gobernadas por el Derecho Colectivo del Trabajo[5].

1. Normas vigentes sobre las prácticas desleales antisindicales

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 289 y 290 del Código del Trabajo, se consideran prácticas desleales las que atenten contra la libertad sindical. Pueden incurrir especialmente en esas prácticas el empleador, el trabajador y sus organizaciones sindicales, y estos y el empleador, según se expresa a continuación.

1.1. Incurre especialmente en esta infracción el empleador que:

a) Obstaculiza la formación o el funcionamiento de sindicatos de trabajadores mediante: (i) la negativa injustificada a recibir a sus dirigentes; (ii) el ejercicio de presiones mediante amenazas de pérdida del empleo o de beneficios, o del cierre de la empresa, establecimiento o faena, en caso de acordarse la constitución de un sindicato, o (iii) la maliciosa ejecución de actos tendientes a alterar el quorum de un sindicato. Cuando las mencionadas conductas se refieran a los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad o a sus dirigentes, se considera que el empleador también incurre en una práctica desleal.

b) Se niega a proporcionar a los dirigentes del o de los sindicatos base, la información y los antecedentes indispensables para preparar el proyecto de contrato colectivo[6].

(5) He subrayado las modificaciones derivadas de las reformas habidas desde 1990.

(6) A solicitud de todo sindicato o grupo negociador de empresa, dentro de los tres meses anteriores al vencimiento del contrato colectivo vigente, el empleador está obligado entregar la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, que no sea considerada por él como confidencial. El empleador está obligado a entregar, a lo menos: (i) los balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tenga una existencia menor, caso en el que la obligación se reducirá al tiempo de existencia de ella; (ii) la información financiera necesaria, referida a los meses del año en ejercicio y, (iii) los costos globales de mano de obra del mismo periodo.

c) Ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato.

d) Realice algunas de las acciones ya indicadas, a fin de evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente.

e) Ejerza discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical.

f) Ejecute actos de injerencia sindical, tales como: (i) intervenir activamente en la organización de un sindicato; (ii) ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; (iii) discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales, o (iv) condicionar la contratación de un trabajador a la firma de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones.

g. Aplique las estipulaciones de un contrato o convenio colectivo a los trabajadores a que se refiere el artículo 346 del Código del Trabajo, sin efectuar el descuento o la entrega al sindicato de lo descontado[7].

1.2. También incurren en prácticas desleales el trabajador y la organización sindical: (i) que acuerde con el empleador que este ejecute alguna de las prácticas desleales atentatorias contra la libertad sindical ya expresadas; (ii) que presione indebidamente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos; (iii) que acuerde con el empleador el despido de un trabajador u otra medida o discriminación indebida, por no haber pagado el trabajador multas, cuotas o deudas a un sindicato, o que presione al empleador, de cualquier modo, en tal sentido; (iv) que presione –de cualquier modo– al empleador a fin de imponerle la designación de un determinado representante, de un

(7) En esa norma se dispone que el empleador puede extender los beneficios estipulados en un contrato o convenio colectivo, a trabajadores que no fueron parte del mismo, si ocupan cargos o desempeñan funciones similares. En tal caso, esos trabajadores deben aportar el 75 % de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato o convenio, y sus pactos modificatorios, a contar de la fecha en que se les aplique tal extensión. El monto del aporte debe ser descontado por el empleador y entregado al sindicato que haya obtenido los beneficios extendidos (si los beneficios han sido obtenidos por más de un sindicato, el aporte se hará al sindicato que el trabajador indique, Si este no lo hiciere, se entenderá que opta por la organización más representativa). En el inciso final del artículo 346 se dispone que la referida cotización sindical también se aplicará a los trabajadores contratados en la empresa con posterioridad a la suscripción del respectivo contrato o convenio colectivo, que pacten los beneficios ya mencionados.

directivo u otro nombramiento importante para el procedimiento de negociación, o (v) que se niegue a negociar con representantes del empleador, exigiendo su reemplazo o la intervención personal del empleador.

1.3. Asimismo, incurren en esta infracción: (i) los que apliquen sanciones de multas o expulsión de un afiliado por no haber acatado una decisión ilegal o por no haber presentado cargos o dado testimonio en juicio; (ii) los directores sindicales que se nieguen a dar curso a una queja o reclamo de un afiliado en represalia por sus críticas a la gestión que desarrollan, y (iii) los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a este, los documentos o la información que haya recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservado.

1.4. También incurren en infracción que atenta contra la libertad sindical: (i) los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical, y (ii) los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros de un sindicato.

De esta enumeración se desprende que: (i) ella no es taxativa ya que se refiere solo a conductas que "especialmente" vulneran la normativa sobre libertad sindical y el derecho de sindicación, y (ii) no solo el empleador puede ser el sujeto activo de ellas, sino que también pueden investir tal condición los trabajadores y las organizaciones sindicales.

Las prácticas desleales o antisindicales son sancionadas con multas de diez a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (equivalentes a USD. 730 a USD. 10.950, aproximadamente), teniéndose en cuenta la gravedad de la infracción. En caso de reincidencia, la multa es de cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (USD. 7.300 y USD. 10.950, respectivamente). En el conocimiento y resolución de las causas referidas a prácticas desleales antisindicales, se aplica el procedimiento especial de tutela laboral normado en el Libro IV del Código del Trabajo[8].

(8) Ver el Párrafo 6 del Capítulo II del Título I del Libro IV del Código del Trabajo (artículos 485 al 495).

A dicha regulación se agregan las disposiciones contenidas en los artículos 292 al 294-bis del Código del Trabajo, que establecen las siguientes tres medidas de protección:

1ª La intervención de la administración del trabajo al ordenar: (i) que la Inspección del Trabajo debe denunciar al tribunal competente los hechos que estima constitutivos de prácticas antisindicales o desleales, de los cuales tome conocimiento; y (ii) que la Dirección del Trabajo debe llevar un registro de sentencias condenatorias por prácticas antisindicales o desleales, debiendo publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras. Para ello, el tribunal debe enviar copia los respectivos fallos a la Dirección del Trabajo.

2ª La protección especial del trabajador amparado por fuero laboral, cuando la práctica antisindical ha implicado su despido. Acreditada tal condición, en su primera resolución, el juez debe disponer –de oficio o a petición de parte– la inmediata reincorporación del trabajadores a sus labores y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha en que se materialice la reincorporación, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales (unos USD. 3.650 y USD. 7.300 respectivamente)[9]. Si el empleador se niega a dar cumplimiento cabal a dicha orden de reincorporación, o si nuevamente lo despide o no paga oportunamente lo ordenado, el tribunal, de oficio, hará efectivos los apercibimientos, sin perjuicio de sustituir o repetir el apremio hasta obtener el cumplimiento íntegro de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procede recurso alguno. A la vez, en el artículo 293 del Código del Trabajo se establece que lo normado acerca de las sanciones, procedimientos y la protección especial, no excluye "la responsabilidad penal en los casos en que las conductas antisindicales o desleales configuren faltas, simples delitos o crímenes".

3ª La protección especial aplicable si una o más de las prácticas antisindicales o desleales han implicado el despido de trabajadores no

(9) Con esa finalidad, en la resolución mencionada el juez señalará el día y hora en que ella se deberá cumplir y el funcionario que la practicará. Asimismo, ordenará que se acredite, dentro de los cinco días siguientes a la reincorporación, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones adeudadas.

amparados por fuero laboral. En tal caso se dispone: (i) que el despido no surtirá efecto alguno, y (ii) que se aplicarán las normas sobre tutela laboral que el legislador ha determinado. Esta protección especial es aplicable también a los casos de despido de trabajadores no amparados por fuero, resultantes de prácticas desleales en la negoción colectiva.

2. Normas vigentes sobre las prácticas desleales en la negociación colectiva

Las prácticas desleales en la negociación colectiva están reguladas en los artículos 387 al 390 bis del Código del Trabajo. Son definidas como "las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos". El legislador norma tanto las prácticas desleales en que puede incurrir el empleador como las prácticas desleales en que pueden incurrir el trabajador o las organizaciones sindicales, o estos y el empleador.

Especialmente incurren en prácticas desleales:

a) El empleador que: (i) se niegue a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece el Código del Trabajo; (ii) ejerza presiones para obtener el reemplazo de los representantes de los trabajadores; (iii) se niegue a suministrar la información necesaria para la justificación de sus argumentaciones; (iv) ejecute durante el proceso de negociación colectiva acciones que revele una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma; (v) ejerza fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva, y (vi) haga uso indebido o abusivo de las facultades que concede el inciso segundo del artículo 317, o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva[10].

b) El trabajador y las organizaciones sindicales que: (i) durante el proceso de negociación colectiva ejecuten acciones que revelen una

(10) En el artículo 317 del Código del Trabajo se establece que en las empresas en que no existiere contrato colectivo anterior, los trabajadores podrán presentar al empleador un proyecto de contrato colectivo en el momento que lo estimen conveniente. A la vez, dispone que no podrán presentarlo en uno o más periodos que, cubriendo en su conjunto un plazo máximo de sesenta días en el año calendario, el empleador haya declarado no aptos para iniciar negociaciones.

manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma, o (ii) ejerzan fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas durante el procedimiento de negociación colectiva.

c) El trabajador y las organizaciones sindicales que acuerden con el empleador la ejecución por parte de este de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos.

d) Los miembros de la comisión negociadora que divulguen a terceros ajenos a esta los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidenciales o reservados.

Las infracciones mencionadas precedentemente son sancionadas con multas de diez a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (equivalentes a USD. 730 a USD. 10.950 aproximadamente), teniéndose en cuenta la gravedad de la infracción. En caso de reincidencia, la multa es de cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (USD. 7.300 y USD.10.950, respectivamente).

Desde la reforma laboral procesal de 2006, el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales en la negociación colectiva se sustancia conforme a las normas del procedimiento especial de tutela laboral[11].

Sin perjuicio de dicha normativa, en los incisos primero y segundo del artículo 389 del Código del Trabajo se dispone que: (i) la Inspección del Trabajo debe denunciar al tribunal competente los hechos que estime constitutivos de prácticas desleales en la negociación colectiva, de los cuales tome conocimiento, y (ii) la Dirección del Trabajo debe llevar un registro de sentencias condenatorias en esta materia, debiendo publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras. Para tal efecto, el tribunal enviará copia de los respectivos fallos a la Dirección del Trabajo.

(11) Ver el Párrafo 6 del Capítulo II del Título I del Libro IV del Código del Trabajo,

III. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS NORMAS LABORALES PROCESALES QUE PERMITEN CONCRETAR LAS CORRESPONDIENTES NORMAS SUBSTANTIVAS

Una de las más importantes reformas laborales habidas en Chile en el último decenio es la contenida en la Ley Nº 20.087, del 3 de enero de 2006, que reemplazó el sistema laboral procesal existente hasta esa fecha. En ella, el principio de buena fe forma parte del enunciado de los principios orientadores del nuevo sistema laboral procesal y, a la vez, orienta uno de los nuevos procedimientos establecidos: el de tutela laboral[12].

1. La buena fe como principio general del procedimiento laboral

En la citada Ley se establecieron los llamados "principios formativos del proceso y del procedimiento en juicio del trabajo", disponiendo que los procedimientos "serán orales, públicos y concentrados", primando en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, **buena fe**, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

En lo referido al principio de buena fe, en el artículo 430 del Código del Trabajo se dispone: (i) que los actos procesales deben ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias, y (ii) que el juez puede rechazar de plano las actuaciones que considere dilatorias, entendiéndose por tales todas aquellas que –con el solo objeto de demorar la prosecución del juicio– sean intentadas por alguna de las partes.

En el marco de facultades del tribunal para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias, cabe evocar, entre otras, las normas del Código del Trabajo referidas a: (i) la pertinencia de la prueba ofrecida y su valor probatorio[13]; (ii) la no comparecencia del llamado a confesar –o su negativa a declarar o el dar respuestas evasivas– podrán presumir como efectivas las alegaciones de la parte contraria contenidas en la demanda o contestación, según

(12) El contenido de la Ley Nº 20.087 está incorporado en el Título I (de los Juzgados de Letras del Trabajo y de Cobranza Judicial y del procedimiento) del Libro V (De la Jurisdicción Laboral) del Código del Trabajo (artículos 415 al 502).

(13) Solo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y que sean necesarias para su resolución. De otra parte, carecerán de valor probatorio las pruebas que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

corresponda, y (iii) el deber impuesto al juez de poner en conocimiento del testigo las sanciones contempladas en el artículo 209 del Código Penal, por incurrir en falso testimonio cuando el testigo declara "bajo juramento o promesa de decir verdad en juicio".

De otra parte, corresponde evocar que en las normas sobre el cumplimiento de la sentencia y la ejecución de los títulos ejecutivos laborales, se establece que si se ha acordado pagar el crédito en cuotas, el no pago de una o más cuotas hará inmediatamente exigible el total de la deuda, pudiendo el juez incrementar el saldo de la deuda hasta en un 150 %. Finalmente, los principios propios de la judicatura laboral –incluido el de buena fe– deben primar en los trámites y diligencias del procedimiento de apremio que fije el tribunal, en los casos de no pago de lo ordenado en juicio y de lo establecido en títulos ejecutivos laborales distintos a las sentencias ejecutoriadas.

2. El principio de buena fe en el procedimiento especial de tutela laboral

En la mencionada reforma de 2006 se estableció el procedimiento de tutela laboral aplicable cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

En nuestra legislación son derechos y garantías fundamentales del trabajador: (i) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; (ii) el respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador y su familia; (iii) la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, pudiendo interceptarse, abrirse o registrase solo en los casos y formas determinados por ley; (iv) la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; (v) la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que debe ser quórum calificado; (vi) la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley así

lo declare[14]; (vii) la no discriminación[15]; (viii) la garantía de indemnidad consagrada en la Ley Nº 20.087, esto es, el derecho de no ser objeto de represalias como consecuencia del desarrollo de las funciones fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, o por el ejercicio de acciones judiciales, y (ix) los derechos de libertad sindical y de sindicación y el derecho de negociación colectiva. En cuanto a estos últimos, ellos también resultan tutelados por la protección reconocida a los demás derechos fundamentales incluidos en el listado recién expresado, habida cuenta de las interrelaciones existentes entre ellos, especialmente en lo atinente a la aplicación del procedimiento de tutela en caso de violación del derecho a la no discriminación basada en motivos de sindicación.

3. El procedimiento de tutela laboral y sus peculiaridades

En el Código del Trabajo se norman los siguientes aspectos del procedimiento de tutela laboral: (i) la titularidad y legitimación activa ampliada; (ii) el plazo de presentación y contenido de la denuncia, (iii) la substanciación de la denuncia.

3.1. La tutela puede ser requerida por: (i) cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales; (ii) la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales

(14) En la respectiva norma constitucional se establece que: "Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley".

(15) En el artículo 2 del Código los actos de discriminación son calificados como contrarios "a los principios de las leyes laborales". A la vez se define como actos de discriminación "las distinciones, exclusiones, o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". En el mismo sentido, la Constitución prohíbe cualquier discriminación "que se base en la capacidad o idoneidad personal", "sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos". También en el Código se establece que ningún empleador puede "condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho efecto declaración ni certificados alguno". Tal prohibición no se aplica: (i) a los trabajadores que tengan poder para representar al empleador –como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados– siempre que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y (ii) a los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

han sido vulnerados (en tal caso la organización sindical actuará como parte principal). Si el trabajador afectado ha incoado la acción, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado –directamente o por intermedio de su organización de grado superior– podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante, y (iii) la Inspección del Trabajo si –actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras– toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales. En tal caso, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación del procedimiento. De otra parte, la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable[16]**.**

3.2. La denuncia debe ser interpuesta dentro de sesenta días contados desde que se produjo la vulneración del derecho fundamental alegado. Además de los requisitos generales establecidos para la interposición de una demanda, la denuncia deberá contener la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada, acompañando todos los antecedentes en los que se fundamente. Si no los contiene, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación.

3.3. En la substanciación regirá el procedimiento de aplicación general establecido en los artículos 446 al 462 del Código del Trabajo.

Entre las **peculiaridades del procedimiento de tutela laboral** cabe destacar las siguientes:

a) No se puede recurrir al procedimiento especial de tutela laboral si –respecto de la violación o lesión del derecho fundamental afectado– se ha interpuesto la acción de amparo establecida en el artículo 20 de la Constitución. Tampoco se permite acumularlo con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos[17]. La tramitación de estos procesos y los recursos que se interpongan, gozan de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

(16) De otra parte, a requerimiento del tribunal, la Inspección del Trabajo deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso. No obstante, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

(17) Así lo dispone el Código del Trabajo en los artículos 485 (inciso final) y 487.

b) Si la vulneración de derechos fundamentales se produce con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela corresponde exclusivamente al trabajador afectado. Si acoge la denuncia, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones que al efecto establece el Código del Trabajo y, adicionalmente, el pago de una indemnización que fijará, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Cuando el juez declare que el despido es discriminatorio y mediante resolución fundada ello sea calificado como grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya mencionadas; si opta por la indemnización, esta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

c) Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.

d) El juez –de oficio o a petición de parte– en la primera resolución que dicte dispondrá la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando de los antecedentes acompañados al proceso aparezca que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles (bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales (USD. 3.650 y USD. 7.300 respectivamente), la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. No procederá recurso alguno contra esas resoluciones.

e) Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

f) Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del décimo día. En su parte resolutiva la sentencia deberá contener:

(i) la declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada; (ii) en caso afirmativo, deberá ordenar su cese inmediato, si persiste el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, bajo el apercibimiento de multa; (iii) la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento de multa, incluidas las indemnizaciones que procedan, y (iv) la aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas del Código de Trabajo. En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. Copia de la sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Como la buena fe se presume y existen pocas presunciones de mala fe, quien alega la existencia de mala fe debe probarla. Pero acreditarla es difícil, especialmente si se tiene presente que, comúnmente, la mala fe se presenta en forma encubierta y que, además, quien la alega generalmente se encuentra en una situación de fuerte desequilibrio en lo concerniente al acceso a los medios de prueba.

En tal situación cabría asegurar la efectiva tutela judicial mediante la inversión de la carga de la prueba o el establecimiento de normas que alivien la carga de la prueba del que alega la existencia de mala fe. Este último es el camino seguido en la reforma de 2006, al disponer que "[C]ando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"[18]. Como bien señala **Ugarte Cataldo**[19], esta norma no invierte la carga de la prueba sino

(18) Artículo 493 del Código del Trabajo.

(19) Ver: UGARTE CATALDO, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Nº XXXIII, Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2009, pp. 215-228.

que faculta al juez para que al dictar sentencia y valorar los antecedentes aportados por la parte denunciante –en ausencia de una determinación cierta de la existencia de lo denunciado– identifique la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales.

Estimo que para fortalecer esa modalidad de tutela judicial sería recomendable establecer normas que en forma no taxativa determinen elementos orientadores en la identificación de los indicios. Al establecer esas normas se podría utilizar la modalidad usada en el núm. 13 de la Recomendación núm. 198, sobre la relación laboral (2006).

TRATAMIENTO LABORAL, TRIBUTARIO INDIVIDUAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DEL BENEFICIO DERIVADO DE UN PLAN DE *STOCK OPTIONS*[1]

ÍTALO MÓRTOLA[2] [3]

I. INTRODUCCIÓN

Los programas de *stock options* tienen un espacio considerable en las prácticas del mercado laboral peruano. Ello se debe en gran medida al proceso de globalización económica que ha permitido el desarrollo y la expansión de empresas transnacionales, que encuentran en estos programas una forma atractiva de otorgar beneficios económicos a sus ejecutivos y trabajadores a la par que alinean la motivación de los trabajadores a los intereses de la empresa.

La aplicación de los programas de *stock options*, en los que generalmente se otorga la opción de compra de acciones de una empresa local o su matriz, sea esta local o extranjera, a los trabajadores de la empresa peruana, acarrea una serie de consecuencias tanto en el ámbito laboral como en el tributario y de la seguridad social. En el presente trabajo analizaremos las consecuencias que dicho beneficio trae consigo para el trabajador beneficiario, según el ordenamiento legal peruano.

(1) Véase: <http://www.rae.es/diccionario-panhispanico-de-dudas/que-contiene/tratamiento-de-los-extranjerismos> visitado el 15 de cctubre de 2014 a las 21:00.

(2) Gerente Senior EY Perú.

(3) Quiero expresar un especial agradecimiento a la Dra. Adriana Gianotti por su invaluable colaboración en la presente investigación.

Generalmente en el ámbito nacional estos planes son otorgados por compañías locales que forman parte de un grupo de empresas con una casa matriz ubicada en el exterior. Por políticas del grupo empresarial se acuerda otorgar como beneficio, dirigido en la mayoría de los casos al personal directivo y altos funcionarios, la posibilidad de adquirir a un precio especial determinado número de acciones. Digamos, por ejemplo, que el día de hoy se le comunica a determinados funcionarios que tendrán el derecho de opción para adquirir 10,000 acciones de la casa matriz al precio del valor de mercado de la fecha de compra menos un 20 %; derecho que tendrá como condición su permanencia en la compañía por un periodo de tres años.

Transcurrido el periodo de tres años, el trabajador ejerce su derecho de opción y adquiere las acciones al valor acordado, precio que resulta inferior en 20 % al valor de mercado de cada acción en la fecha en que se esta produciendo la compra. Como consecuencia de la operación descrita, el trabajador recibe un beneficio económico cuyo tratamiento laboral, tributario individual y de seguridad social será objeto de análisis en este artículo.

II. DEFINICIÓN

Tratar de definir los programas de *stock options* resulta una compleja tarea, ya que debe tenerse presente en todo momento que nos encontramos ante planes no estandarizados; y que como tales responden a la voluntad de la compañía que otorga el beneficio bajo sus propias pautas.

Con la finalidad de englobar las distintas modalidades, entendemos como plan de *stock options* al mecanismo de retención o recompensa mediante el cual una empresa otorga a sus trabajadores la opción de adquirir sus propias acciones o acciones de una o varias empresas de su grupo, a cambio de un precio fijado previamente, que podrá ser ejercida en un momento determinado tras cumplirse los requisitos establecidos para tal efecto.

Asumiremos como cierto que el precio de las acciones establecido en el plan de *stock options* es menor al valor de mercado que las mismas tendrán en el momento del ejercicio de la opción, generándose así un beneficio económico[4] que desencadenará los efectos que queremos abordar en el presente artículo.

(4) IGLESIAS CABERO, Manuel. "Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: Referencia a las *stock options*". En: *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 38, Madrid, 2002, p. 124.

Esta forma de retribución constituye un mecanismo que permite a la empresa otorgar beneficios económicos que atraigan y retengan al personal capacitado. La posibilidad de adquirir acciones a un menor precio, otorgado en forma adicional a la remuneración, constituye un elemento atractivo dentro del mercado laboral. Asimismo, una vez adquiridas dichas acciones, se genera un vínculo entre el trabajador y el empleador, en la medida que el beneficio obtenido por el trabajador se verá incrementado por el éxito de su empleador.

III. ESTRUCTURA CARACTERÍSTICA

Luego de haber delimitado el concepto de *stock options*, sin perder de vista que los planes pueden diferir sustancialmente unos de otros por no existir una estandarización en cuanto a las condiciones y forma como se otorgará el beneficio, conviene empezar nuestro análisis por aquellos puntos que se pueden identificar como elementos característicos que están presentes en la estructura de los planes de *stock options*.

A nuestro entender, aquellos elementos que permiten esquematizar las distintas etapas del plan son los siguientes: el otorgamiento (*grant*), el cumplimiento de las condiciones que dan lugar al nacimiento del derecho (*vesting*) y el ejercicio del Derecho (*exercise*). A continuación procederemos a analizar con más detalle las características particulares de dichas etapas.

1. Otorgamiento del derecho de opción (*grant*)

En este primer momento, se le comunica al trabajador sobre la implementación del plan de *stock options* mediante el cual podrá ser beneficiario del derecho a adquirir acciones de la compañía a un determinado precio. Resulta una práctica cotidiana que esta comunicación y aceptación del trabajador de participar en el plan, se realice mediante una comunicación escrita entregada al trabajador donde se determina el número máximo de acciones que podrán ser adquiridas así como las condiciones para acceder al derecho. Tomando en cuenta la finalidad de estos planes, resulta lógico que las condiciones establecidas por la compañía estén relacionadas con la permanencia del trabajador en la empresa por un determinado período o con determinados índices de productividad.

En ese sentido, en esta etapa se genera una expectativa de derecho que será exigible al cumplirse las condiciones estipuladas.

2. Período de cumplimiento de los requisitos (*vesting*)

Como ha sido señalado líneas arriba, en un primer momento se generó una expectativa de derecho, ya que la opción de compra se encuentra sujeta previamente a determinadas condiciones suspensivas, como podrían ser el cumplimiento de ciertas metas de productividad, o el transcurso de determinado periodo de servicios para la empresa.

Al periodo que transcurrirá desde el otorgamiento de la expectativa de derecho hasta el cumplimiento de las condiciones suspensivas se le conoce como *vesting period*, mientras que se conoce como *vesting date* a la fecha en que se cumplen todas las condiciones determinadas por el plan, dando nacimiento al derecho de opción que le permite al trabajador su ejercicio.

3. Ejercicio del derecho de opción (*exercise*)

Una vez generado el derecho de opción, el trabajador se encuentra legitimado a ejercitarlo a su discreción. Para tal efecto, la práctica común consiste en que el trabajador tenga que manifestarle al empleador, generalmente por vía escrita, su voluntad de adquirir las acciones.

Es al momento de la transferencia de propiedad de las acciones que se estaría generando una ventaja económica, que podría ser considerada como renta y remuneración, conforme con nuestro ordenamiento legal(5). Dicha ventaja económica estaría constituida por la diferencia entre el valor de mercado de la acción al momento de ejercitar la opción y el precio efectivamente pagado por las mismas; este diferencial es comúnmente denominado *spread*(6).

Finalmente, aunque no forma parte del tema que nos ocupa, cabe mencionar que una vez las acciones sean adquiridas por el trabajador, este puede proceder libremente a su venta, lo cual le generará una ganancia de capital. Dependiendo de los términos del plan, la posibilidad de venta de las acciones puede o no estar restringida por un periodo contado desde el *exercise*.

(5) MONTESTRUQUE ROSAS, Karina. "Tratamiento tributario de las *stock options*". En: *Revista Análisis Tributario*. Setiembre de 2007, p. 32.

(6) En: <http://www.investopedia.com/terms/s/spread.asp>. "For a stock option, the spread would be the difference between the strike price and the market value". Visitado el día 15 de noviembre de 2014.

IV. TRATAMIENTO LABORAL DEL BENEFICIO RECIBIDO EN VIRTUD DE UN PLAN DE *STOCK OPTIONS*

1. Los *stock options* como mayor remuneración para el trabajador

Es necesario anotar que la entrega de las acciones una vez ejercida la opción (nuevamente aquí entendemos como beneficio a la ganancia obtenida de la diferencia entre el precio de las acciones establecido en el plan de *stock options* y el valor de mercado que las mismas tuvieran en el momento del ejercicio de la opción) bajo la legislación laboral peruana, calificarán como conceptos remunerativos, incluso si estas no son pagadas por la empleadora formal (empresa peruana) sino por su entidad matriz del extranjero. La premisa básica de este postulado es que, en definitiva, las *stock options* son otorgadas a los trabajadores como consecuencia de los servicios prestados bajo una relación laboral en relación de dependencia.

En efecto, el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que el concepto remuneración es atribuido "al integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición".

La remuneración se considerará recibida una vez que se produzca la entrega efectiva de las acciones, en dicha oportunidad la empresa que otorga deberá registrar el monto otorgado en su Planilla Electrónica - PDT 601 o PLAME, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto Supremo Nº 001-98-TR, que establece que la planilla debe incluir las "Remuneraciones que se abonen al trabajador tomando en consideración para este efecto, lo previsto en el artículo 6 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por decreto Supremo Nº 003-97-TR".

Asimismo, es evidente que el beneficio bajo análisis no se encuentra dentro de los conceptos que nuestra legislación ha excluido de la definición de remuneración dentro del listado contenido en los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650, Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-97-TR (en adelante, LCTS).

Siguiendo con lo anterior, debemos descartar la idea que se ha podido forjar en el sector empresarial de que el beneficio derivado del ejercicio del derecho de opción bajo un plan de *stock options* podría calificar como una gratificación extraordinaria.

En efecto, conforme al inciso a) del artículo 19 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650, una gratificación extraordinaria califica como tal siempre que el beneficio se otorgue a título de **liberalidad**, es decir, que el empleador no la entregue como contraprestación de una causa específica. Esto no se cumpliría en un programa de *stock options* pues existe una obligación de entregar las acciones por parte del empleador si el trabajador cumple los requisitos de permanencia o desempeño establecidos.

Respecto al momento de reconocimiento del beneficio como remuneración, este ocurrirá cuando se verifique la transferencia en propiedad de las acciones al trabajador, pues es en dicha oportunidad que este tendrá la disposición de estas acciones.

2. Incidencia en el cálculo de los beneficios sociales del trabajador

Debemos indicar que la consecuencia directa de la calificación de este beneficio como mayor remuneración para el trabajador será su implicancia práctica en los costos laborales que son de cargo del empleador. Esto se verifica con su inclusión en las respectivas bases de cálculo de algunos beneficios sociales regulados en nuestra legislación laboral.

De esta manera, el beneficio derivado de un plan de *stock options* debería formar parte de la base de cálculo de la participación en las utilidades de los trabajadores por su sola naturaleza remunerativa. Adicionalmente, podría incluirse en la base de cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) siempre que el beneficio tuviera una periodicidad por lo menos anual. Así, por ejemplo, se incorporaría a la base de cálculo de la CTS a razón de un doceavo en el semestre respectivo si el beneficio hubiera sido entregado con periodicidad anual. En caso contrario, si el beneficio se otorgara con una periodicidad superior a un año no debería incorporarse a la base de cálculo de la CTS, por disposición expresa de la ley de la materia.

Finalmente, se computaría en la base de cálculo de las gratificaciones legales siempre que el beneficio se hubiera percibido al menos en tres oportunidades dentro de un período de seis meses.

3. Tratamiento laboral de cara a la operatividad de la entrega

Consideramos que una de los factores variables que influyen en el tratamiento legal del beneficio recae en la determinación de cual compañía asumirá el pago del beneficio económico.

Es conveniente precisar que la operatividad de la entrega del beneficio puede realizarse directamente por la compañía propietaria (muchas veces una matriz extranjera que no es la empleadora formal); o por la compañía local (empleadora formal) tras haber adquirido las acciones previamente a la matriz.

3.1. Beneficio entregado directamente por la matriz local o extranjera de un grupo empresarial

Si bien la diferencia entre el valor de mercado y el precio pagado debe considerarse un beneficio económico para el trabajador, cabría preguntarse si este hecho debería entenderse propiamente como un concepto remunerativo, ya que si el beneficio lo otorga directamente la compañía matriz que no es la empleadora formal, sin trasladarle el costo a su subsidiaria peruana, podría pensarse que el beneficio carecería de naturaleza remunerativa. Sin embargo, en nuestra opinión resulta innegable que en este tipo de programas las empresas actúan como grupo, ello explica por qué una empresa que no es la empleadora formal de un trabajador podría otorgarle un beneficio por las labores desarrolladas a favor de su subsidiaria, por lo que tal beneficio tendría naturaleza remunerativa.

3.2. Beneficio asumido por una empresa local para sus trabajadores

El escenario es más claro cuando el empleador local otorga el beneficio sobre sus propias acciones, o cuando aun tratándose de acciones de la matriz esta le cobra a su subsidiaria (empleadora formal) el valor de las acciones que se le otorga al trabajador. Este último hecho es conocido comúnmente como *chargeback*.

En estos casos resulta evidente que la ventaja patrimonial ha sido otorgada, ya sea de forma directa o indirecta, por la subsidiaria peruana. Consecuentemente, no queda ninguna duda de la naturaleza remunerativa del beneficio.

V. TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO INDIVIDUAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL BENEFICIO RECIBIDO EN VIRTUD DE UN PLAN DE *STOCK OPTIONS*

La compensación de los trabajadores con *stock options* es un fenómeno muy común en otros países, gozando incluso de regulación y beneficios tributarios propios. Por ejemplo, en los Estados Unidos, de acuerdo con las directivas del *Internal Revenue Service*, los *Stock Options* otorgados en virtud de un plan del empleador tienen que pagar un impuesto mínimo o nulo al momento del

ejercicio del derecho, diferente al impuesto que tendría que pagar la remuneración de los trabajadores(7).

En el Perú no contamos con regulaciones especiales para este tipo de incentivos, por ello debemos aplicar las normas generales vigentes.

1. Tratamiento tributario individual

Tal como se deduce del encabezado, nuestro análisis tributario no se enfoca en determinar los efectos que la entrega de este beneficio pueda tener respecto de la empresa empleadora, es decir su deducibilidad a efectos de la determinación de la renta neta de tercera categoría.

Por el contrario, los aspectos tributarios que tocaremos estarán relacionados directamente con las implicancias tributarias que recaen sobre el trabajador beneficiario del Plan de *stock options*. En ese sentido procederemos a analizar exclusivamente la generación de rentas de quinta categoría para el trabajador al momento de adquirir las acciones.

Sin perjuicio de lo señalado, es menester precisar que el tratamiento de las rentas producidas por la venta, efectuada por el trabajador, de aquellas acciones adquiridas en virtud del plan de *stock options* deberá considerar a estas como una ganancia de capital, es decir, como una renta de segunda categoría para el trabajador.

1.1. Hecho imponible

Sobre la materia, coincidimos con Carmen Robles Moreno cuando señala que "para que un hecho o acontecimiento determinado, sea considerado como hecho imponible, debe corresponder íntegramente a las características previstas abstracta e hipotéticamente en la ley, esto es a la hipótesis de incidencia tributaria. En este sentido, entendemos que un hecho económico acontecido debe coincidir exactamente con el supuesto hipotético, al cual denominamos **hipótesis de incidencia tributaria**, si calza perfectamente se realiza lo que llamamos el hecho imponible"(8).

(7) En: <http://www.irs.gov/taxtopics/tc427.html> Internal Revenue Service, official website. Visitada el 15 de Octubre de 2014 a 17:00. "(…) If you are granted a statutory stock option, you generally do not include any amount in your gross income when you are granted or exercise the option. However, you may be subject to alternative minimum tax in the year you exercise an ISO (…)". Traducción libre.

(8) ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar. *Reflexiones sobre Derecho Tributario y Derecho Constitucional*. Publicado en <http://blog.pucp.edu.pe/item/18396>.

Siguiendo lo expuesto, entendemos que para la existencia de un hecho imponible susceptible de tributación debe verificarse el cumplimiento del hecho generador descrito en la norma. Nuestra Ley de Impuesto a la Renta, en el artículo 34, señala que se consideran rentas de quinta categoría aquellas percibidas por concepto del trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por servicios personales.

Se entiende que la intención de la norma es incluir en las rentas de quinta categoría el íntegro de la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios, no limitándose únicamente a la remuneración propiamente dicha.

En efecto, es necesario tener en consideración que a efectos de determinar la base imponible con respecto a las rentas de quinta categoría, no resultan relevantes las normas laborales que le restan carácter remunerativo a ciertos beneficios percibidos por los trabajadores. Por lo tanto, resulta evidente que en materia tributaria se aplicarán aquellos conceptos propios de dicho ordenamiento, que resultan ajenos e independientes a los conceptos laborales.

En vista de ello, entendemos que el ejercicio del plan de *stock options* genera una ventaja patrimonial, al permitirle al trabajador acceder a un bien (las acciones) a cambio de un precio por debajo del valor de mercado[9]. Asimismo, la ventaja patrimonial otorgada mediante el plan de *stock options* tiene su origen en el trabajo prestado por el individuo en una relación de dependencia.

Finalmente, consideramos que el beneficio patrimonial susceptible de ser gravado se manifestará en el momento en que las acciones entren en forma efectiva a la esfera patrimonial del trabajador, por lo tanto, el hecho generador de la obligación tributaria se verá cumplido cuando se produzca la transferencia de propiedad de las acciones. Sobre el particular, resulta necesario mencionar que existen autores que consideran que la mera concesión de la opción representa una ventaja patrimonial[10]; sin embargo, somos de la opinión que, en el caso de personas naturales, únicamente en el momento en que se produzca un incremento en el patrimonio del individuo existirá un beneficio económico susceptible de ser gravado.

(9) IGLESIAS CABERO, Manuel. Ob. cit., p. 123.

(10) MONTESTRUQUE ROSAS, Karina. Ob. cit.; p. 32.

1.2. Determinación de la Base Imponible

El beneficiario del plan de *stock options* percibe una ventaja patrimonial equivalente al diferencial entre el precio pagado y el valor de mercado de las acciones al momento de la compra.

En efecto, el beneficio económico se calculará sustrayendo el precio pagado por el trabajador del valor de mercado de las acciones en la fecha de su adquisición. Aplicando este método puede verificarse que en caso que el precio pactado coincida o supere el valor de mercado de la fecha de adquisición (supuesto inusual pero legalmente posible) no existirá una renta del trabajo gravable. Por el contrario, en caso que la transferencia haya sido pactada a título gratuito, la renta gravada estaría constituida por el íntegro del valor de mercado de las acciones en la fecha de la transferencia de propiedad.

1.3. Domicilio fiscal del beneficiario

No es nuestra intención profundizar en el análisis de las reglas de determinación de residencia fiscal ya que no es la finalidad de este artículo; sin embargo, resulta pertinente recordar que las mismas se encuentran recogidas en los artículos 7 y 8 de la Ley de Impuesto a la Renta[11].

De esta manera, si el adquirente de las acciones es un trabajador domiciliado para efectos fiscales y que presta sus servicios íntegramente en el territorio nacional, como regla general tributará por sus rentas obtenidas a nivel mundial. Consecuentemente, tributará por el beneficio obtenido del Plan de *stock options*

(11) Artículo 7.- Se consideran domiciliadas en el país:

a) Las personas naturales de nacionalidad peruana que tengan domicilio en el país, de acuerdo con las normas de derecho común.

b) Las personas naturales extranjeras que hayan residido o permanecido en el país más de ciento ochenta y tres (183) días calendario durante un periodo cualquiera de doce (12) meses.

(…)

Para efectos del Impuesto a la Renta, las personas naturales, con excepción de las comprendidas en el inciso c) de este artículo, perderán su condición de domiciliadas cuando adquieran la residencia en otro país y hayan salido del Perú, lo que deberá acreditarse de acuerdo con las reglas que para el efecto señale el reglamento. En el supuesto que no pueda acreditarse la condición de residente en otro país, las personas naturales, exceptuando las mencionadas en el inciso c) de este artículo, mantendrán su condición de domiciliadas en tanto no permanezcan ausentes del país más de ciento ochenta y tres (183) días calendario dentro de un periodo cualquiera de doce (12) meses.

Los peruanos que hubieren perdido su condición de domiciliados la recobrarán en cuanto retornen al país, a menos que lo hagan en forma transitoria permaneciendo en el país ciento ochenta y tres (183) días calendario o menos dentro de un periodo cualquiera de doce (12) meses.

Las disposiciones sobre domicilio, contenidas en este capítulo, no modifican las normas sobre domicilio fiscal contenidas en el Código Tributario.

Decreto Legislativo Nº 970, publicado el 24/12/2006 y vigente desde el 01/01/2007.

en todos los casos, independientemente del hecho que el beneficio lo pague un empleador domiciliado o no domiciliado en el Perú, y de que la renta responda a servicios prestados en territorio peruano o en el extranjero.

Por el contrario, si nos referimos a un trabajador no domiciliado, este solo se encontrará obligado a tributar sobre sus rentas de fuente peruana, es decir, aquellas producidas por sus servicios desarrollados en el territorio peruano. Nótese que para estos efectos es irrelevante el lugar en el que se pague la renta, ya que lo relevante es el lugar en el que se prestaron los servicios por los que el trabajador percibe dicha renta.

Como consecuencia de lo anterior, debe analizarse si el trabajador permaneció en el Perú todo el tiempo desde que se incorporó al plan de *stock options* hasta el momento en que adquirió la propiedad de las acciones. Si no fuera así, la renta gravable sería la parte directamente proporcional al tiempo de permanencia en el territorio peruano.

2. Tratamiento de seguridad social

2.1. Contribuciones a EsSalud

Bajo la premisa de que el trabajador mantiene una relación laboral con una empresa local, nuestra opinión es que dicha empresa debe realizar la contribución respectiva a EsSalud, independientemente de si el costo del beneficio otorgado lo asume directamente esta o su matriz extranjera (recordemos que, en nuestra opinión, este beneficio suele otorgarse actuando como grupo empresarial).

La base imponible de la contribución sería el monto del beneficio económico percibido por el trabajador como resultado del plan de *stock options*, entendido como el *spread* (diferencia entre el monto pagado por el trabajador y el valor de mercado de las acciones).

2.2. Aportes a los sistemas de pensiones

Conviene recordar que nuestro país cuenta con un sistema que permite al trabajador elegir entre la afiliación al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la Oficina de Normalización Previsional y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) en el que desarrollan sus actividades las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP); cada uno de estos sistemas se encuentra regulado por un régimen jurídico propio.

En el caso del SNP la tasa vigente que se aplicará sobre el monto del *spread* es del 13 %.

En el caso del SPP, nos debemos plantear dos escenarios: uno en el que el beneficio sea otorgado, como en nuestra premisa, en especie (acciones); y otro en el que el beneficio sea otorgado en dinero. Así, de acuerdo con nuestra legislación, el SPP gravará únicamente el segundo caso, esto es el beneficio pagado en dinero.

VI. CONCLUSIONES

- En nuestro ordenamiento no existe una normativa que provea fórmulas preestablecidas para determinar el tratamiento laboral, tributario individual y de seguridad que deben recibir los planes de *stock options*, hecho que se condice con la carencia de estandarización de estos planes. En vista de ello, resulta necesario analizar en conjunto una serie de elementos variables que van definiendo en forma casuística el tratamiento que se deberá aplicar en virtud del marco normativo con el que contamos.

- Consideramos que la entrega del beneficio derivado del ejercicio del derecho de opción bajo un plan de *stock options*, constituiría remuneración para todo efecto legal, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, remuneración es "el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición". Así, tenemos que este beneficio es recibido por el trabajador en estricta relación con los servicios prestados a su empleador, incluso si este no es quien asume directamente el costo de pagar el beneficio a su trabajador.

- Asimismo, debería considerarse base de cálculo de los beneficios sociales (atendiendo a los requisitos establecidos por cada norma especial), así como también debería afectarse a las contribuciones y retenciones de seguridad social que gravan las remuneraciones, con excepción de los aportes al SPP en caso que el beneficio sea entregado en acciones.

- Finalmente, la entrega de este beneficio a los trabajadores calificaría como una renta gravada con el Impuesto a la Renta de quinta categoría, por constituir una ventaja patrimonial derivada del empleo de su perceptor.

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

ROLANDO MURGAS TORRAZZA[1]

PALABRAS PRELIMINARES

Escribo este pequeño artículo, con el todavía agobiante dolor de la pérdida y ausencia de Mario Pasco Cosmópolis, quien durante varias décadas fue amigo tan cercano y constante, compañero en tantas actividades académicas, como, entre muchas otras, la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, el Grupo de los Nueve ("La Patota"), los congresos y seminarios internacionales, sus repetidas invitaciones a Perú, sus múltiples viajes académicos a

(1) Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Panamá; Tutor en el Doctorado en Derecho, con Énfasis en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá; ex Decano (dos veces) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; ex vicerrector académico (dos veces) de la Universidad de Panamá; ex ministro de Trabajo y Bienestar Social; ex ministro de Educación; Miembro Principal de la Comisión Redactora del Código de Trabajo de Panamá; Miembro de la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá; Miembro de Número y Ex presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (del 1 de marzo de 2010 a 28 de febrero de 2013); Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro y ex presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro Fundador y ex Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Miembro Fundador, ex presidente y Presidente de Honor de la Academia Panameña de Derecho del Trabajo; Miembro del Grupo de los Nueve; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Panamá; Doctor Honoris Causa por la Universidad Paulo Freire (Nicaragua); autor de alrededor de 133 publicaciones. Correo electrónico: rmurgast@cwpanama.net.

Panamá, etc.. Laboralista de sólida formación y manejo impecable de la disciplina; orador deslumbrante; constante conciliador; compañero lleno de cordialidad y simpatía personal; consejero oportuno y confiable; y, sin duda alguna, uno de los grandes maestros del Derecho del Trabajo iberoamericano. El recuerdo de su amistad y su grandeza académica estarán siempre presentes en nuestros corazones(2).

I. LA ESENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Con la irrupción del Derecho del Trabajo, que se inserta y es parte esencial de la ruptura de la milenaria división bipartita del Derecho, que se abre a un tercer agrupamiento que es el Derecho social, se quiebran los viejos mitos de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de los contratantes. Precisamente, en el derrumbe de esos dos mitos de concepción formalista de la libertad y de la igualdad, está la esencia misma del Derecho del Trabajo.

Aún sin el Derecho del Trabajo en el escenario, Talleyrand, ese histórico cínico de la política –nos lo recordaba el inolvidable maestro Mozart Víctor Russomano– con todo anticipó que el "derecho al trabajo es la única propiedad de aquellos que nada tienen"(3). De otro modo, Lacordaire, en el siguiente siglo, sentenció que *entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el sirviente, es la libertad la que oprime y la ley la que libera.*

En términos actuales y en referencia a la igualdad, en uno de sus últimos ensayos, Óscar Ermida Uriarte, con la maestría que siempre lo caracterizó, nos recordaba que el "Derecho del Trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio" y que "la igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho Privado clásico, que 'candorosamente' parte de la suposición de que todos somos iguales". De allí entonces, agrega, que al suponer el Derecho Civil esa igualdad, se abstiene. Mientras que el Derecho del Trabajo, por el contrario, "constata una desigualdad e intenta corregirla". Resulta pues que esta clase de desigualdad compensatoria "es la gran innovación del

(2) Este trabajo, humilde homenaje al amigo y maestro, en cierta medida es el desarrollo de las ideas que nos sirvieron de base para una Relatoría en el V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social **(Problemática actual del contrato individual de trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente**), celebrado en Lima, del 16 al 19 de setiembre de 2001. Mi selección como uno de los Relatores Generales, fue una deferencia de Mario Pasco y de los colegas peruanos.

(3) RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Discurso de posesión como Presidente, por segundo periodo*. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Paraná, Brasil, 1974, p. 9.

Derecho del Trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida"[4].

De otro lado, la autonomía de la voluntad y la consiguiente libertad de contratación, propias del Derecho Privado, son incompatibles con los mecanismos de protección del Derecho del Trabajo.

Ermida Uriarte alude en este punto a que el Derecho del Trabajo es un rescate de parte de la libertad del trabajador[5].

En efecto, para proteger al trabajador, frente a su discapacidad en la contratación, la intervención del Estado se dirige a limitarle su propia libertad en sentido formal, pero como una manera de proteger su libertad en términos materiales. Con esa limitación se le libera de la condición de víctima de la **dictadura contractual** de su contraparte.

La libertad de contratación no es más que el simple traslado al plano jurídico de las reglas del mercado en la determinación de las condiciones de trabajo.

En verdad los sueños libertarios del revolucionario francés, que tanto transformaron la sociedad, no fueron suficientes en el mundo de la revolución industrial, con la consiguiente llamada tiranía de la burguesía. Por eso surgió el Derecho del Trabajo.

Con la irrupción del Derecho del Trabajo surge, a su vez, una nueva concepción del Derecho. Se quiebran mitos milenarios que habían operado, sin la generación de grandes disensiones entre los juristas, como pilares fundamentales del llamado derecho común.

Es por ello que el Derecho del Trabajo tiene como punto de partida una concepción en sentido **material** de la igualdad y de la libertad.

La mencionada ruptura, que implica el punto fundamental de distanciamiento entre el Derecho del Trabajo y el derecho común, se concreta en la figura del contratante jurídicamente protegido, concepción material de la igualdad; y en la limitación de la autonomía de la voluntad, mediante la imposición de un mínimo de garantías irrenunciables a favor del trabajador, que expresa, como ya señalamos, una concepción material y no formal de la libertad.

(4) ERMIDA URIARTE, Óscar. *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*. Cuadernos de la Fundación Electra, Montevideo, 2011, pp. 7 y 8.

(5) Ibídem, p. 12.

II. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR UNA PERSONA, COMO IDEA CLAVE PARA ENTENDER EL CONTRATO DE TRABAJO

Ciertamente la relación de trabajo es una relación de poder, que se traba entre el empleador y la persona del trabajador. Por eso, el Derecho del Trabajo, más que un derecho de las cosas, es un derecho de las personas, como ha sido repetidamente destacado por los laboralistas.

El trabajador, en el fondo, no entrega al empleador su **fuerza de trabajo**, la cual es inseparable de su persona. Lo que compromete es su **actividad personal**, que queda sometida funcionalmente al poder de dirección del empleador, dentro de los límites de la Ley, el contrato y la moral.

Tiene razón Juan Raso Delgue, cuando afirma que el asunto va más allá de lo anterior y que en realidad el trabajador aporta **disponibilidad**, porque basta la misma para que se entienda que está cumpliendo con sus deberes contractuales.(6)

Independientemente de la pertinencia de esta observación, que tiene relación con el tema de la subordinación jurídica, nos interesa destacar ahora que el contrato individual de trabajo descansa en la prestación del servicio por una **persona**, con todos los atributos que le son propios, aún en presencia de las nuevas tecnologías y de las nuevas formas de organización empresarial. Los poderes del empleador no tienen la virtualidad de desconocer esa condición en el desarrollo de la relación laboral.

No debe olvidarse que el marco de protección del Derecho del Trabajo no solo alcanza a beneficios económicos directos a favor del trabajador o a sus intereses de índole patrimonial, sino también a los que conciernen a la protección misma de su persona, entendida la misma a plenitud y no únicamente a un limitado y elemental sentido biológico. Tal es el caso de las normas sobre jornadas, descansos, protección del salario, seguridad e higiene en el trabajo, etc.

III. LOS INSTRUMENTOS DELIMITADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Sin pretender agotar el tema, es necesario considerar algunos elementos que se han utilizado para determinar las líneas diferenciadoras del trabajo subordinado

(6) RASO DELGUE, Juan. Conferencia dictada en las Jornadas en *Homenaje al autor de este trabajo*, en la ciudad de Santiago de Veraguas, Panamá, el 20 de abril de 2012.

(trabajo personal, prestado a otra persona, remuneración y, desde luego, subordinación jurídica). Partimos de la base de que el elemento delimitador es la subordinación jurídica y que la discusión está ahora planteada más que nada en si, frente a los nuevos fenómenos, hay o no crisis o insuficiencia de la subordinación jurídica.

Una de las bases de las que parten las tendencias dirigidas a descalificar o al menos a señalar la insuficiencia de la dependencia o subordinación jurídica, como herramienta esencial en la delimitación de la relación de trabajo, frente a la prestación personal autónoma de servicios a otra persona o empresa, es la de que el Derecho del Trabajo construyó esa delimitación sobre la subordinación jurídica. En realidad, esto no es del todo cierto. Fueron las situaciones de desventaja material y de necesidad económica, en el marco de una relación jurídica marcada por la dependencia o subordinación económica, las que inspiraron y fundamentaron ideológica y teleológicamente el Derecho del Trabajo. Es por eso que se genera la figura del **contratante más débil jurídicamente protegido** y la de la necesaria generación, con la intervención de la Ley, de las desigualdades jurídicas para compensar las desigualdades materiales.

En ese camino, la dependencia o subordinación jurídica se utilizó como instrumento delimitador, por su clara utilidad y facilidad de identificación durante muchas décadas. No obstante, es la dependencia o subordinación económica la que lleva a la subordinación jurídica. En el fondo, los poderes del empleador entendidos como expresión de la subordinación jurídica, tienen su verdadero origen en la situación de desigualdad material que caracteriza a la dependencia o subordinación económica. El empleador los tendría, aun si no hubiera Derecho del Trabajo. Precisamente, la reconocida **dictadura contractual** en el plano individual no es consecuencia del contrato, sino de la dependencia económica del trabajador.

La vulnerabilidad del trabajador en la contratación deriva de su dependencia del salario para su propia subsistencia y también la de su familia. Esa situación de necesidad se proyecta, en sentido material, en un desigual poder de contratación. Puede decirse que más que el empleo, el trabajador busca el salario. Al vincularse contractualmente a un empleador, lo hace colocado ante el mismo en situación de subordinación o dependencia económica. Sin embargo, los poderes del empleador, propios de la subordinación jurídica, derivan de la existencia misma de la relación laboral construida sobre bases materiales de desigualdad.

Como hemos afirmado en diversos trabajos, la llamada **fuga** o **escape** del ámbito del Derecho del Trabajo, más bien una **expulsión**, en lo fundamental no deriva de la pretendida insuficiencia de esta disciplina para **aprisionar** la diversidad de fenómenos en el mundo globalizado, con sus nuevas tecnologías y nuevas formas de organización empresarial o del claro crecimiento del sector informal.

Mayor peso, a nuestro juicio, tienen en la llamada **deslaboralización**, total o parcial, los fenómenos de simulación y fraude; las situaciones de hecho en las que de manera deliberada y por ineficiencia de la fiscalización sencillamente se incumple la normativa laboral; la precarización del empleo; así como las experiencias desreguladoras, que respecto de ciertas categorías de trabajadores han conducido a la deslaboralización total de las mismas, muchas veces dentro de un contexto de desregulación salvaje, producto de las influencias ideológicas del neoliberalismo. Esto lo afirmamos sin perder de vista el peso que, en términos reales, representa para el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, el crecimiento del sector informal, en el cual, de **hecho** (por el margen de incumplimiento de la normativa que supone) o de **derecho** (esto último por el auto empleo) los protagonistas del fenómeno se encuentran al margen de la protección laboral.

Por otro lado, en forma errada se ha pretendido hacer de la subordinación o dependencia jurídica un instrumento férreo y carente de elasticidad.

Procede entonces tanto la utilización de la subordinación jurídica debidamente entendida con un concepto actualizado y con una vuelta a la dependencia o subordinación económica, en los casos que muchos consideran como formas que ahora no son susceptibles del contrato de trabajo sino parte del trabajo autónomo, pero que suponen la prestación personal y continuada de un servicio a una empresa en particular.

IV. LA DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN JURÍDICA

La relación de trabajo es una relación de poder, que se expresa precisamente en la situación de subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador. La colocación subordinada del trabajador en esta relación de poder no es comparable con el sometimiento servil ni el esclavista. Tampoco tiene carácter absoluto y solo resulta ejercitable dentro del marco de la Ley y del contrato. Su naturaleza es, por tanto, instrumental.

De allí el arraigo que ha cobrado el avance doctrinal en orden a los llamados derechos fundamentales **inespecíficos**, que no pueden ni siquiera mínimamente verse comprometidos por el ejercicio de los poderes de que dispone el empleador en virtud de la relación de trabajo.

Quien dirige la empresa y el trabajo es el empleador, potestad que deriva, para decirlo descarnadamente, de su derecho de propiedad sobre el medio de producción que es la empresa. Ese derecho de propiedad del cual llegó a decirse

que era el derecho de **usar, disfrutar y abusar** de una cosa, concepción absolutamente incompatible con la función social de la propiedad y con los que impone el propio Derecho del Trabajo.

Como el Derecho del Trabajo representa un acto de intervención del Estado, es limitativo tanto de la autonomía de la voluntad como de los poderes que otrora otorgaba al empleador el derecho de propiedad, que dejaron de ser absolutos. La dependencia o subordinación jurídica es hoy un poder restringido que tiene el empleador, por el intervencionismo de la Ley y la fuerza de los derechos colectivos. Se trata de una dependencia funcional, no un sometimiento personal absoluto.

En especial los poderes de dirección, reglamentario y disciplinario, son expresión y resultado de la subordinación jurídica, la cual admite diferenciaciones y grados en su intensidad, constancia y magnitud.

Ni antes ni ahora, puede pretenderse que la subordinación jurídica supone un poder que se ejerce de manera constante, absoluta y de la misma manera y con la misma intensidad frente a todos los trabajadores, con independencia de su jerarquía, autonomía técnica, etc.

El empleador es depositario de un **poder último de decisión** sobre cómo, cuándo y hasta dónde prestar el servicio, con sujeción a los límites legales, contractuales y morales.

Esta idea de que basta la simple **posibilidad** de ejercer el poder de dirección, desde hace mucho ya estaba afincada en la doctrina. Véase, a título de ejemplo, la doctrina uruguaya en las opiniones de los maestros De FerrarI y Plá Rodríguez(7).

Acorde con lo anterior, el Código de Trabajo de Panamá, en su artículo 64, define la subordinación jurídica como "la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o por sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo".

De alguna manera, se ha pretendido forzar o presuponer un concepto férreo y rígido de la subordinación jurídica, cuando la misma debe entenderse con una caracterización de **elasticidad**, capaz de hacer frente a las nuevas tecnologías y formas de organización empresarial. Por ejemplo, puede haber teletrabajo subordinado (en algunos casos la versión contemporánea del trabajo a domicilio), al igual que teletrabajo autónomo. La subordinación jurídica, no debe caber duda

(7) RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. AMF, Montevideo, 2000, p. 59.

alguna, puede ejercerse también de manera virtual y ello es cosa corriente en el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo.

V. LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA ECONÓMICA

Como ya expresamos, en las bases originarias del Derecho del Trabajo está la consideración de la subordinación o dependencia económica, que supone que la remuneración sea para quien trabaja la única o la principal fuente de subsistencia. Hay entonces un auténtico estado de necesidad, que lleva a que el trabajador busque el empleo como el medio de percibir el salario.

En las relaciones en las cuales una persona se vincula específica y continuadamente a una empresa o persona en particular, mediante la prestación de servicios personales, dicha persona llega a la contratación y desarrollo de su relación jurídica con toda la carga de su situación de necesidad económica. En consecuencia, es vulnerable frente al abuso contractual, puede carecer de poder de negociación y requerir de mecanismos de igualación, como los que caracterizan al Derecho del Trabajo. Es posible, entonces, que exista subordinación económica en relaciones de trabajo autónomo y no solo en relaciones de carácter laboral. Surge así la necesidad de la protección, mediante la intervención del Estado con el reconocimiento de garantías mínimas.

En la medida en que existan realmente categorías de trabajo autónomo, sin subordinación jurídica pero con subordinación económica, es decir, que demandan protección, las alternativas son la de dotarlos de un estatuto especial de garantías mínimas o bien la de utilizar, al menos en parte de esos casos, la subordinación económica como instrumento determinante para la existencia de la relación laboral.

Por otra parte, en los casos de frontera, en los cuales no sea clara la subordinación jurídica, la subordinación económica debe ser determinante. Resulta, entonces, en que por lo menos la subordinación económica debe ser un elemento complementario de la subordinación jurídica, sin descartar que, a nuestro juicio, en algunos casos pueda ser determinante.

Óscar Ermida Uriarte y Óscar Hernández Álvarez señalan que en vista de que todas las modalidades de "fuga" tienden a "desdibujar la subordinación jurídica o a enmascararla bajo formalidades de diverso tipo, la dependencia económica es más difícil de ocultar". Añaden que en la medida en que "la razón histórica de la tutela laboral fue, sin duda, la desventaja –económica, social y por ende

negociadora– del trabajador", resulta casi natural "volver" al criterio de la dependencia económica, cuando las manifestaciones jurídicas de la subordinación jurídica no resultan tan confiables[8].

No obstante, apoyan la opinión de Raso Delgue y Fernández Brignone, en el sentido de que los criterios de subordinación económica y protección del contratante débil "son complementarios y no sustitutivos de la dependencia jurídica"[9].

En ese sentido, el artículo 65 del Código de Trabajo de Panamá identifica, en vía ejemplar, varios supuestos en los que se presenta la dependencia económica, la que el mismo artículo dispone que, en caso de duda sobre la existencia de la subordinación jurídica, permite que se califique la relación como de carácter laboral. El texto de este artículo es el siguiente:

> "Artículo 65. Existe dependencia en cualquiera de los siguientes casos:
>
> 1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos.
>
> 2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad.
>
> 3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador.
>
> En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como tal la relación existente".

La utilización de la dependencia como un criterio auxiliar o complementario, resulta de enorme importancia, sobre todo en los llamados casos de frontera. No siempre, sin embargo, la jurisprudencia panameña hace el máximo uso

(8) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. *Crítica de la subordinación*. Separata de Estudios sobre Derecho del Trabajo Homenaje a José Ramón Duque Sánchez, Colección Libros Homenaje - Nº 9, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela/2003, pp. 471 y 472.

(9) RASO DELGUE y FERNÁNDEZ BRIGNONI, cit. Por ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 480.

de esta posibilidad, pero sí resulta útil en muchas decisiones judiciales. Así por ejemplo, en la sentencia del 14 de enero de 1993, de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que en el caso concreto el trabajador carecía de horario y de controles de asistencia, el uso combinado del poder de dirección y de la dependencia económica, llevó a la Corte a concluir que existía relación de trabajo. También en sentencia del 10 de noviembre de 1977, la dependencia económica fue determinante para que la Corte calificara como laboral la relación de un corredor de seguros.

En algunos casos es la propia Ley la que erige a la dependencia económica como factor determinante, independientemente de la caracterización de la subordinación jurídica. Así ocurre con la aparcería y el colonato (artículo 235 numeral 2 del Código de Trabajo) y con los vendedores de helados y paletas y trabajadores similares (artículo 91 del Código de Trabajo).

La necesidad de protección de trabajadores no cubiertos por el Derecho Laboral, ha provocado la adopción de normativas (España, Italia), con contenidos parcialmente equiparables a los del trabajo subordinado. Sin embargo, al menos en la experiencia española el estatuto especial, aun respecto de los llamados **verdaderos autónomos** tiene grandes franjas para la autonomía de la voluntad y menos normativa de carácter imperativo.

Por todo esto, es preferible que una vuelta a la subordinación económica, asimile al trabajo autónomo al menos una parte de los que visiblemente tienen una relación continuada de prestación de servicios personales a una empresa en particular y carecen de poder de negociación. Al mismo tiempo, como ya expresamos, que en los casos de frontera la subordinación económica sea determinante.

VI. SITUACIONES DIFERENTES EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Por un lado, es claro que Europa, que ideó el Derecho del Trabajo y también la seguridad social, como instrumentos de justicia social, hoy muestra una tendencia reduccionista de la protección, si se mira desde la perspectiva de lo preexistente.

En América Latina, por el contrario, pareciera estarse dando una tendencia diferente. Salvo la reciente reforma mexicana de diciembre de 2012, se está produciendo una suerte de contención del fenómeno flexibilizador e incluso un fortalecimiento del llamado garantismo. Esto último se produce por dos vías. Una por la adopción de reformas laborales proteccionistas, como en Bolivia, Ecuador, Chile y Venezuela. La otra, derivada de lo que sin duda puede llamarse un **nuevo**

constitucionalismo social, que ha ampliado significativamente la esfera de los derechos fundamentales de los trabajadores bajo tutela constitucional.

Los rasgos principales de este nuevo constitucionalismo social, pueden resumirse así:

1. Se estatuye el llamado Estado Social de Derecho. Anteriormente, lo habían hecho las Constituciones de Italia y Alemania.

2. Inclusión de normas directamente aplicables y posibilidad de acceso a su tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico.

3. Incorporación al bloque de constitucionalidad o supremacía sobre la legislación ordinaria, de los convenios internacionales sobre derechos humanos.

4. Incorporación expresa de varios de los llamados principios del Derecho del Trabajo.

5. Incorporación a los textos constitucionales de nuevos derechos fundamentales de los trabajadores.

6. Perfil **reglamentario** de los textos constitucionales.

7. Importante papel de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados.

VII. LA RECUPERACIÓN DEL PODER DE ATRACCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Una tendencia, que podríamos considerar como en cierto sentido común a Europa y a América Latina, es la de cierta recuperación del poder de atracción y el carácter expansivo del Derecho del Trabajo. Si bien los fenómenos comentados con anterioridad han afectado, sin duda, este carácter que tradicionalmente se reconoció al Derecho del Trabajo, hay indicadores de una cierta recuperación del mismo.

1. Tendencia a la protección del trabajo autónomo

En lo que se refiere a los intentos de protección del trabajo autónomo, podemos destacar, por un lado, cómo la Constitución de Ecuador, en su artículo 329,

mandata la protección del trabajo autónomo; mientras que la de la República Dominicana, en su artículo 62.3, hace referencia a la protección del trabajo informal y de toda clases de trabajadores. En ambos casos se trata de normas programáticas. Por otro lado, tenemos en Europa los ya citados intentos de protección del trabajo autónomo en España e Italia.

En realidad, es más fácil aplicar la normativa laboral al trabajo autónomo cuando se está en presencia de una situación continuada de dependencia o subordinación económica respecto de una empresa o persona en particular. No obstante, los instrumentos de protección de la Seguridad Social son más fácilmente extensibles a toda prestación de servicios personales.

2. Creciente laboralización de los regímenes de los servidores públicos

La cada vez más intensa "laboralización" de los sistemas de protección de los servidores públicos, incluidos los derechos colectivos, representa una clara penetración del Derecho del Trabajo en lo que antes se veía como un espacio para el Derecho administrativo. Se manifiesta aun cuando en muchos casos el mencionado régimen se estatuya en instrumentos normativos separados.

En Portugal, por ejemplo, se está dando una creciente asimilación de ambos regímenes. En Brasil, con la reforma de 2004, la justicia de trabajo puede conocer de conflictos laborales *latu sensu*, aunque no haya una relación de trabajo. En España la jurisdicción social conoce de las reclamaciones de los autónomos.

3. Influencia de las ideas fundacionales en la normativa antidiscriminación

La influencia de las ideas fundacionales del Derecho del Trabajo en otras esferas del Derecho, es una muestra tanto de su pertinencia como de su poder de atracción, aunque no siempre se trate de incorporar a otros sectores a su ámbito de aplicación. Lo podemos constatar con la cada vez más frecuente e intensa normativa anti discriminación, que en buena parte se sustenta en las llamadas **afirmaciones positivas**, que no son más que el reconocimiento de que las desigualdades materiales perturban o impiden la igualdad y son caldo de cultivo para la discriminación. Vemos así cómo la idea de las desigualdades jurídicas compensatorias de las desigualdades materiales, propias del Derecho social, se expresan en el reconocimiento de las afirmaciones positivas ante los impedimentos materiales a la igualdad real.

4. Los retos del futuro

Entre los variados retos que enfrenta el Derecho del Trabajo hacia el futuro, está, sin duda, el de la retoma e intensificación de su carácter expansivo o poder de atracción. Debe hacerlo teniendo la claridad que el objetivo debe ser la protección y no avalar la desprotección. Tiene que enfrentar las situaciones de hecho que conducen a la exclusión de la protección o a su disminución, como la externalización **patológica**, que en un desborde de una razonable nueva forma de organización empresarial, que sería perfectamente entendible, conduce a una deslaboralización parcial, que traslada la condición del empleador, para rebajar beneficios laborales. Igualmente, lo que es una aberración, el infame suministro de mano de obra.

Estimamos que hay límites que racionalmente no se pueden rebasar. De lo contrario, al final, la empresa típica va a convertirse en una suerte de **hueso de la aceituna**, con todo hecho desde afuera y, al mismo tiempo, funcionando con trabajadores que **dentro de dicha empresa** laboran teniendo como empleador a una empresa diferente.

Se llega al descaro de que quien imparte las órdenes e instrucciones de trabajo es la empresa receptora y no el supuesto empleador.

Las consecuencias son obvias. Por un lado, resulta que el trabajo, en este escenario, **sí es una mercancía**. Por el otro, se está generando una especie de **nueva plusvalía**, pues lo que recibe la empresa suministradora es fruto de un claro despojo de beneficios laborales.

Por último, hay que usar las herramientas históricas del Derecho del Trabajo, ente ellas la subordinación jurídica, la subordinación económica y el principio de primacía de la realidad.

LÍMITES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA IMPUESTOS POR EL ESTADO A SUS TRABAJADORES

JAVIER NEVES MUJICA

I. LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La libertad sindical comprende un conjunto de derechos que, por su titularidad, se clasifican en individuales y colectivos y, por su contenido, en orgánicos y funcionales. Si combinamos ambos criterios, el más importante de los derechos de titularidad colectiva y contenido funcional, es la negociación colectiva. A tal punto es relevante, que se dice que el sindicato es un instrumento para mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, pero el medio del que se vale para ello es la negociación colectiva. Un sindicato que no puede practicar la negociación colectiva, realmente carece de objeto. Cuando los tratados de derechos humanos reconocen la libertad sindical, como ocurre generalizadamente –tanto a nivel de Naciones Unidas como de Estados americanos–, ella abarca la negociación colectiva. Así sucede, en especial, con los convenios internacionales del trabajo (CIT 87), en los que además tiene proclamación propia (CIT 98, 151 y 154).

II. EL CONTENIDO NEGOCIAL

El derecho de negociación colectiva, a su vez, también engloba diversos aspectos: cómo se ejerce la representación cuando existen varios sindicatos, quién

y cómo determina el nivel negocial, cuáles son los procedimientos de solución de conflictos, qué naturaleza tiene el convenio colectivo, cómo rige en el tiempo, cómo se le interpreta o impugna, etc. Uno de los principales es, sin duda, el contenido de la negociación colectiva, que será luego el del convenio colectivo, puesto que todo lo que se puede negociar debería poderse convenir.

El ordenamiento internacional y el nacional han tratado de definir de modo genérico el contenido negocial. Así, el CIT 98 y el CIT 151 se refieren a "las condiciones de empleo" (artículos 4 y 7, respectivamente), mientras el CIT 154, más preciso, alude a: "a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez" (artículo 2). Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, que son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, han introducido aún mayores detalles, como veremos después.

A nivel doctrinario y jurisprudencial no parece haber controversia alguna respecto de que todos los trabajadores tiene derecho de negociación colectiva, así como que las remuneraciones forman parte del contenido esencial de ese derecho fundamental. Respecto de lo primero, ha afirmado el Tribunal Constitucional que "(…) es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo (…)" (f. j. 17 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 008-2005-AI/TC). Luego añade: "(…) Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42 (…)". El artículo 28 de la Constitución, por lo tanto, recoge los tres derechos colectivos a favor de todos los trabajadores, mientras el 42 solo es importante por las exclusiones de ciertos altos funcionarios en materia de sindicación y huelga. Recordemos que el derecho de sindicación comprende la negociación colectiva y que los CIT 87, 98 y 151 son aplicables a los trabajadores públicos. Sobre lo segundo, ha sostenido la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia: "(…) Este Colegiado considera que la disposición presupuestaria (…) que prohíbe efectuar incrementos y reajustes en las remuneraciones (…) terminaría por desconocer el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ya que negaría de plano la posibilidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios (…)" (décimo considerando de la sentencia recaída en la Apel. Nº 2491-2011).

III. LOS LÍMITES AL CONTENIDO NEGOCIAL EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

En el ámbito nacional, debemos referirnos primero a la Constitución y luego a la legislación. En su artículo 28, la Constitución reconoce y garantiza la libertad sindical y sus dos vías principales de acción: la negociación colectiva y la huelga. En lo que respecta específicamente a la negociación colectiva, en el numeral 2 se le manda al Estado su fomento. Esto es, no basta con garantizarla sino que además debe promoverla. Este es el marco desde el cual tenemos que abordar el tema.

En cuanto a la legislación, tenemos que distinguir entre la actividad privada y el sector público. En el primero, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece como materia negocial "(…) las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (…)" (art. 42). Esta formulación amplia busca ser recortada por el artículo 28 del Reglamento: "(…) La Ley podrá establecer reglas o limitaciones por las consideraciones previstas por el artículo 1355 del Código Civil, en concordancia con el artículo IX de su Título Preliminar". Resulta curioso, en lo formal, que un reglamento pretenda autorizar a una ley, pero más aún, en lo sustancial, que se cite el artículo 1355 del Código Civil, que consagra adecuadamente la primacía del interés público o social sobre el individual, cuando poco después quedaba descolocado por el artículo 62 de la Constitución, que prefiere el interés individual, al garantizar la intangibilidad del contrato. Nos parece claro que si colisionara el convenio colectivo con la ley –cuando esta realiza exclusiones totales o parciales de máximos al contenido negocial–, esta debería prevalecer. Pero la verdadera cuestión está en si al efectuar dichas exclusiones, la ley entra en conflicto con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que consagran un amplio contenido negocial. Volveremos sobre este asunto. Han habido varias normas de este tipo en las últimas décadas, que han sido condenadas por el Tribunal Constitucional –o su antecesor– y la Corte Suprema de Justicia. Las reglas de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se aplicaban, hasta la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Civil, a los trabajadores del Estado sujetos al régimen privado, aunque ya su artículo 1 preveía una excepción: "(…) en cuanto (…) no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos". La intención de remitirse a la prohibición contenida en el Decreto Legislativo Nº 276 –que veremos enseguida– quedaba al descubierto. Este es el l único caso de aplicación del "principio" de norma menos favorable del que tenemos conocimiento.

Ahora vamos a analizar las limitaciones impuestas en el Sector Público. Nuestro ordenamiento ha transitado en este campo desde la absoluta prohibición hasta el reconocimiento restringido. Así, el artículo 49 del Decreto Ley Nº 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (1950) impedía incluso la constitución de sindicatos y, más aún, la negociación colectiva. En 1984, el Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, todavía vigente, admite la existencia de sindicatos y el ejercicio de la negociación colectiva por ellos, pero segrega de la materia negocial a las remuneraciones. El artículo 44 dispone 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 remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones (…)". Recordemos que para entonces ya se había ratificado el CIT 151, que regula los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

Poco antes de la dación del Decreto Legislativo Nº 276 se habían expedido los Decretos Supremos Nºs 003-82-PCM y 026-82-JUS. En ellos se había establecido, al menos, un procedimiento de consulta para la fijación de las remuneraciones (arts. 22 y 13, respectivamente).

Tras estas primeras normas, han habido recientemente dos canales para vetar la negociación colectiva sobre remuneraciones en el sector público: las Leyes de Presupuesto de 2013 y 2014 (con precedentes muchos años atrás) y la Ley del Servicio Civil. La Ley de Presupuesto de 2013 contenía una severa restricción en dos preceptos. En el artículo 6 establecía: "Prohíbese (…) el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas asignaciones, bonificaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes (…)". Luego, en la Quincuagésima Octava de sus Disposiciones Complementarias y Finales reiteraba la interdicción: "(…) Los procedimientos de negociación o arbitraje laboral solo podrán contener condiciones de trabajo (…)". Añadía que "(…) son nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones o los laudos arbitrales que se adopten en violación de lo dispuesto por la presente disposición (…)". Contemplaba una sanción para los árbitros infractores y le otorgaba vigencia inmediata y permanente a dicha disposición. La Ley de Presupuesto de 2014 repite los términos de su antecesora, en preceptos con el mismo número.

La Ley del Servicio Civil efectúa su exclusión en los artículos 42 a 44. En ellos se limita el contenido negocial a la "(…) mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo (…)" (art. 42), las mismas que son definidas en el inciso e) del artículo 43. Se sanciona con la nulidad la propuesta o acuerdo sobre compensaciones económicas (art. 44). Estas disposiciones tienen aplicación inmediata –y no gradual, como en buena parte de la ley– según el inciso a) de la Novena de las Disposiciones Complementarias y Finales, no solo para los trabajadores del Estado sujetos al régimen público, sino también al privado.

En resumen, los trabajadores del Estado, estuvieran regidos por la legislación de la actividad privada o la del Sector Público, y, por supuesto, por el nuevo régimen del servicio civil, sufren una severa restricción al contenido esencial de su derecho fundamental a la negociación colectiva, al impedírseles tratar las remuneraciones.

IV. LA LÓGICA DE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LAS LEYES DE PRESUPUESTO Y DEL SERVICIO CIVIL

De un lado, el Estado tiene el deber de manejar un presupuesto equilibrado. Conforme al artículo 77 de la Constitución: "(…) El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización (…)". Del otro, se busca promover la meritocracia en la Administración Pública: "La finalidad de la presente Ley es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia (…)" (art. II del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil). A partir de estos criterios –y desde la óptica del Estado– no puede permitirse la negociación colectiva sobre remuneraciones, porque destruye un sistema salarial y premia a todos indistintamente. No obstante, esta situación conlleva un trato desigual: primero, entre los trabajadores con empleador privado y los que laboran para el Estado, porque los primeros pueden negociar colectivamente sus remuneraciones y los últimos no; y segundo, al interior del propio Estado, entre los trabajadores sujetos al régimen general público y a los regímenes especiales públicos, que sí negocian colectivamente sus remuneraciones (los trabajadores de la salud y del magisterio, por ejemplo), ya que no se les aplica supletoriamente el Capítulo de los Derechos Colectivos, conforme establece la Primera de las Disposiciones Complementarias y Finales; y por último, acarrea una igualación hacia abajo: también al interior del Estado, entre trabajadores sujetos

al régimen privado y al público, por la cual ahora ya ninguno de ellos podrá negociar colectivamente sus remuneraciones.

¿Es incompatible la negociación colectiva sobre remuneraciones con los valores antes señalados? Pensamos que no. Bien podría admitirse aquella si se pudiera abordar los incrementos a las remuneraciones básicas, homogéneos para toda la Administración Pública, y dejar los reconocimientos por rendimientos diferentes a las compensaciones adicionales. Se requeriría, por cierto, de un delicado procedimiento: el Poder Ejecutivo podría fijar previamente bandas salariales; las centrales sindicales deberían presentar su proyecto de convenio colectivo al Poder Ejecutivo y tratarlo con él; arribado a un acuerdo, este tendría que elevarlo al Congreso de la República en el proyecto de Ley de Presupuesto; y, finalmente, este se comprometería a aprobarlo. Los plazos y etapas podrían ser los previstos en el artículo 44 de la Ley del Servicio Civil. La solución fácil, pero violatoria del derecho fundamental a la negociación colectiva, es prohibirle que recaiga sobre remuneraciones. Entre nosotros se ha ocupado de esta cuestión Edgardo Balbín en su obra *Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública* (2005).

V. ¿EL ESTADO PUEDE LIMITAR EL CONTENIDO NEGOCIAL?

Ya antes hemos admitido la primacía del interés público o social sobre el privado, individual o colectivo. Pero esa preferencia no puede ser absoluta, porque nos encontramos ante el reconocimiento constitucional e internacional de la autonomía privada como fuente del Derecho y de las obligaciones. ¿El conflicto entre el interés público protegido por las Leyes de Presupuesto y del Servicio Civil y el interés colectivo tutelado por el Derecho fundamental a la negociación colectiva, es de contradicción o de divergencia? En el primero, la afirmación de un bien supone la negación del otro. Ocurre, por ejemplo, cuando debemos elegir entre la madre y el feto, porque la subsistencia de una impide la del otro. En el segundo, en cambio, ambos bienes deben ampararse, sacrificándose aspectos no esenciales de cada uno, en una operación llamada ponderación. Este sería el caso, por ejemplo, de la huelga en los servicios esenciales, en la que se satisfacen los intereses de los usuarios y de los trabajadores mediante la determinación de un servicio mínimo. En nuestro concepto, en el caso de la negociación colectiva sobre remuneraciones de los trabajadores del Estado estamos claramente ante un conflicto del segundo tipo.

Nos parece que las exclusiones a la autonomía colectiva dispuestas por ley pueden clasificarse en parciales –de mínimos o de máximos– y totales. La exclusión parcial permite un margen de desenvolvimiento a la autonomía colectiva, aunque orientado en una única dirección: la de mínimos admite convenios colectivos de mejora de los pisos establecidos legalmente (derecho necesario relativo), y la de máximos los admite siempre que no excedan de un techo impuesto legalmente (máximo de derecho necesario). La exclusión total veda la presencia de la autonomía colectiva, en cualquier dirección (derecho necesario absoluto). Mientras la primera encuentra su fundamento en la desventaja material del trabajador frente al empleador y es un instrumento de compensación jurídica de aquella –y, por lo tanto, guarda estrecha coherencia con la lógica protectora del Derecho del Trabajo–, las últimas tutelan otros intereses públicos o sociales con los que la autonomía colectiva pudiera eventualmente entrar en conflicto. Tienen, pues, un carácter excepcional.

En la experiencia nacional y comparada, las exclusiones parciales de máximos y las totales se han producido en el marco de la ejecución de programas de estabilización dirigidos a frenar los efectos inflacionarios de una crisis económica. Aquí podrían entrar en colisión valores diversos, todos constitucionalmente consagrados: la calidad de vida de la población, de un lado, y la autonomía colectiva, del otro. No podría, por lo tanto, uno de ellos imponerse absolutamente sobre el otro.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical en su importante jurisprudencia sobre esta cuestión, aceptan las restricciones pero sujetas a severas condiciones. Los criterios centrales –tomados de la Recopilación de Decisiones y Principios de este último órgano– son los siguientes: 1) no cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ejecutarse conforme a sus términos, salvo acuerdo de las partes en sentido diferente (Párrafos 1001, 1007 a 1011, 1033, 1034 y 1045); 2) en lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deben resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquel (Párrafo 999); y 3) las medidas restrictivas deben ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un periodo razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores (Párrafos 1007, 1024, 1029 y 1030).

Estas, por cierto, no son las características que han acompañado la intervención estatal sobre la autonomía colectiva en la práctica peruana. Por ello, han merecido la condena de los mencionados órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

VI. LA POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En lo específicamente referido a los límites fijados a la negociación colectiva por las leyes de presupuesto en el Perú, el Comité de Libertad Sindical ha señalado en el caso Núm. 2690 que: "(…) la Sunat se niega a someter la controversia a un proceso arbitral, invocando la imposibilidad de negociar cláusulas de carácter económico toda vez que las leyes presupuestales se lo prohíben (…)" y recuerda que dicho órgano "es consciente de que la negociación colectiva en el Sector Público exige la verificación de 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" (Párrafo 944). Centrando bien el problema, sostiene que "(…) 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" (Párrafo 945). Finalmente, concluye diciendo que "(…) el Comité subraya que la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el Convenio núm. 98 (…)" (Párrafo 946).

En cuanto a la Ley del Servicio Civil, el gobierno solicitó la opinión de la Organización Internacional del Trabajo sobre el proyecto correspondiente, que la emitió a través del Departamento de Gobernanza y Tripatismo. Los comentarios de este sobre la negociación colectiva de los trabajadores públicos se efectuaron básicamente mediante los pronunciamientos de los órganos de control que estamos recogiendo en este artículo.

Del análisis de los convenios internacionales del trabajo y de la jurisprudencia sobre ellos emitida por los órganos de control, nos surgen dos interrogantes: ¿Es necesaria la negociación colectiva sobre remuneraciones para cumplir el mandato del CIT 151 o basta la consulta a las organizaciones sindicales? ¿El concepto de condiciones de empleo comprende las remuneraciones?

Previamente debemos recordar que el Perú ha ratificado el CIT 151 y no el CIT 154, aunque el Tribunal Constitucional ha sostenido que este integra el bloque de constitucionalidad: "Teniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para

que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto" (f. j. 18 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 03561-2009-PA/TC; argumento reiterado en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 02566-2012-PA/TC). Resulta, a nuestro juicio, discutible que un tratado de derechos humanos no ratificado por nuestro país pueda integrar dicho bloque. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, ante un caso semejante, ha tenido un pensamiento distinto. Ha afirmado que "(…) el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (…), aunque no ha sido ratificado por España –pero sí firmado–, reconoce este derecho con un contenido similar", por lo que: "Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno" (inciso d del f. j. 3 de la sentencia 2/2003; también se dice en la sentencia 169/2004). Quizá nuestro Tribunal Constitucional ha asumido el mismo criterio, aunque no lo haya hecho explícito. Desde esta perspectiva vamos a absolver las interrogantes planeadas, puesto que se trata del reiterado parecer del supremo intérprete.

El Comité de Libertad Sindical absuelve la primera pregunta realizando dos diferenciaciones. La primera, "(…) entre los funcionarios que ejercen actividades propias de la administración del Estado (…) y los funcionarios que actúan en calidad de auxiliares de los precedentes (…)". La segunda, entre aquellos y los empleados públicos (Párrafos 886 y 887 de la Recopilación de Decisiones y Principios de dicho órgano de control). Mientras los funcionarios públicos del primer tipo podrían ser excluidos del derecho de negociación colectiva (Párrafo 887); para los funcionarios del segundo tipo y todos los empleados públicos, cabe "(…) la posibilidad de recurrir a otros métodos distintos a la negociación colectiva (…)", porque esta es "(…) una de las modalidades posibles" (añade la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones). Todo ello desde la perspectiva del CIT 98 y del CIT 151. El artículo 7 del CIT 151 señala que deberán adoptarse "(…) medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación (…) o de cualesquiera otros métodos (…)". No obstante, "(…) debería darse prioridad a la negociación colectiva (…)" (Párrafo 886). El enfoque cambia si se toma en cuenta el CIT 154, porque "(…) la mera consulta a los sindicatos interesados –que sería admisible únicamente en el marco del Convenio núm. 151, ya que permite a los Estados Miembros elegir entre la negociación colectiva y otros medios de determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos– no basta (…)

para dar cumplimiento a las exigencias que establece el Convenio ITm. 154 sobre el particular (…)" (Párrafo 324). En los CIT 98 y 151 las condiciones de empleo abarcan las remuneraciones, porque, de lo contrario, el contenido negocial quedaría vaciado de su principal componente.

Sobre la segunda pregunta, notamos que se emplean dos conceptos diferentes en los CIT 98 y 151 ("condiciones de empleo") y el CIT 154 ("condiciones de trabajo y empleo"). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha definido ambos conceptos en el arco del CIT 151 y ha señalado que las condiciones de trabajo no se limitan a los temas tradicionales (jornada laboral, horas extraordinarias, periodos de descanso, salarios, etc.), sino que "cubre también otras cuestiones (por ejemplo, materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo, como los ascensos, los traslados, o las supresiones de puestos sin aviso previo)" (*Estudio general relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración Pública*). Parece, pues, haber entre dichos términos una relación de género: condiciones de trabajo, a especie: condiciones de empleo. Las condiciones de trabajo abarcan las remuneraciones; las condiciones de empleo, no. A la luz de esta terminología, la Ley del Servicio Civil entra en contradicción, en su artículo 42: autoriza a negociar colectivamente las condiciones no económicas, que incluyen las "condiciones de trabajo o las condiciones de empleo". Es decir, permite y prohíbe simultáneamente la negociación colectiva sobre remuneraciones. Si el CIT 154 pertenece al bloque de constitucionalidad y dado "(…) que abarca el conjunto de las condiciones de trabajo, los funcionarios de la administración deben poder negociar colectivamente las remuneraciones (…)" (Párrafo 324). Con mayor razón, los funcionarios auxiliares y los empleados públicos.

VII. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se han interpuesto sendas acciones de inconstitucionalidad contra –de un lado– la Ley de Presupuesto de 2013 y –del otro– la Ley del Servicio Civil, en ambos casos por violación del derecho fundamental a la negociación colectiva, configurada al sustraerle de su contenido las remuneraciones. A la fecha de elaboración de este artículo no habían sido resueltas. Sin embargo, tenemos importantes antecedentes, en un sentido y en otro, que podrían ilustrarnos sobre la posición del Tribunal Constitucional. El primero, es el proceso de amparo seguido por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y esta entidad (Exp. Nº 02566-2012-PA/TC).

La sentencia no llegó a generar un precedente vinculante, porque ese propósito solo lo suscribieron tres magistrados.

Sostuvo el Tribunal Constitucional que "(…) en la tensión entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y el principio de legalidad presupuestaria (…) corresponde asumir una decisión ponderada (…)" (f. j. 25). Tras lo cual, afirmó sorprendentemente que "(…) la mencionada previsión normativa traduce, en el ámbito legal, el principio de equilibrio presupuestario… en su condición de límite legítimo a la negociación colectiva (y al arbitraje potestativo) (…)", por lo que "(…) resulta plenamente constitucional (…)" (f. j. 27). Es decir, se enfoca acertadamente el problema: un conflicto por divergencia, que debía ser resuelto con un balance entre los bienes; pero se le brinda una solución equivocada: como si se tratara de un conflicto por contradicción, en el que un bien debe ceder enteramente ante el otro.

El segundo antecedente, se produjo en un proceso por inconstitucionalidad, en el que el Tribunal Constitucional afirmó que "(…) conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podría restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho toda su funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y b) cuando la limitación del elemento 'no esencial' del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)" (f. j. 7 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 004-2004-PI/TC). No parece ofrecer mayor complejidad el determinar que las remuneraciones forman parte del contenido esencial de la negociación colectiva.

En los procesos por inconstitucionalidad en curso, el Tribunal Constitucional debería aplicar el test de razonabilidad (o proporcionalidad), que comprende el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (f. j. 109 de la sentencia recaída en el Exp. Nºs 050 y 051-2004-AI/TC y 004, 007 y 009-2005-AI/TC). Según la idoneidad "(…) toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo (…)"; por la necesidad "para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado (…)"; y, finalmente, conforme a la proporcionalidad, "(…) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación al derecho fundamental (…)". Recordemos que la medida consiste en impedir que la negociación colectiva de los trabajadores públicos abarque

las remuneraciones, así como limitar la independencia arbitral, y que tiene como objetivo salvaguardar el equilibrio presupuestario y garantizar la meritocracia. ¿Es idónea? Sí: el objetivo es constitucionalmente legítimo. ¿Es necesaria? No: hay otras opciones menos onerosas para el derecho fundamental afectado, como la mencionada antes. ¿Es proporcional? No: el derecho fundamental queda desnaturalizado, al privarlo de un aspecto central de su contenido esencial, así como la independencia arbitral se ve severamente restringida. Por lo tanto, las limitaciones resultan inconstitucionales.

VIII. LA POSICIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo se ha pronunciado sobre las limitaciones al contenido negocial impuestas por las Leyes de Presupuesto de 2013 y del Servicio Civil, mediante los Informes de Adjuntía Nº 002-2013-DP/AAC y Nº 001-2014-DP/AAE, respectivamente.

En el primer informe se destaca que debe tenerse en cuenta "(…) que la negociación colectiva constituye una herramienta elemental que busca lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre los empleadores y los trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social". Aludiendo expresamente a su contenido, se dice que en "(…) el marco normativo nacional e internacional, así como en la doctrina especializada, se reconoce a **la negociación colectiva como un derecho que otorga a los empleadores y a los trabajadores la facultad de negociar cualquier tipo de componente que incida en la relación laboral, incluyendo el aspecto remunerativo**" (con negritas en el original). Se admite que "(…) el principio de **legalidad presupuestaria** (…)" constituye un límite, ya que "(…) en los procesos de negociación colectiva que se realicen en el sector público es necesario que se verifique la existencia de recursos disponibles con los cuales sea posible cubrir los incrementos salariales o beneficios que se propongan (…)". Otro límite es "(…) la **asignación equitativa de los recursos** (…)", de la "(…) que resulta comprensible que determinadas soluciones económicas y sociales excepcionales puedan justificar una restricción temporal del aumento de salarios en el sector público". Añade "(…) que la existencia de dificultades económicas no exime al Estado de garantizar el derecho fundamental a la negociación colectiva (…)". En cuanto a la prohibición de negociar colectivamente las remuneraciones, contenida en la Ley de Presupuesto de 2013, precisa que la "(…) remuneración constituye una de las materias más importantes que los trabajadores pretenden regular a través de la negociación colectiva".

Asimismo, opina que "(…) los organismos encargados de proponer y aprobar la Ley de Presupuesto (…) no han ofrecido razones objetivas y suficientes para conocer en qué medida la prohibición de incrementos salariales en el sector público obedece a una situación extraordinaria que ponga en peligro el normal funcionamiento del aparato estatal". De todo ello, concluye que "(…) la Ley de Presupuesto impide que se cumpla con los fines constitucionales del derecho a la negociación colectiva (…)".

En el segundo Informe se recuerda que la negociación colectiva busca mejorar "(…) las condiciones de vida del trabajador y su familia (…)" y que "(…) la remuneración constituye el medio más idóneo y directo (…)" para ello, por lo que integra el contenido de este derecho fundamental. Reitera que "(…) la aplicación del principio de legalidad presupuestaria y la asignación equitativa de los recursos públicos" no debe ser entendida "(…) como una prohibición absoluta para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público (…)". Opina que la Ley del Servicio Civil provoca "(…) que los servidores públicos no tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones económicas (aun cuando pudieran existir posibilidades presupuestarias)". Estamos, pues, ante "(…) una restricción absoluta y con carácter de permanencia (…)". Por lo que concluye que: "Los artículos 42, 43 y 44 de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva, pues establecen restricciones que no son excepcionales, ni se limitan a los estrictamente necesario, ni se han establecido para un período razonable (…)".

IX. LA AFECTACIÓN A LA INDEPENDENCIA ARBITRAL

La Constitución, en los numerales 1 y 2 de su artículo 139, reconoce a la arbitral como una jurisdicción y proclama la independencia de toda función jurisdiccional. Resulta evidente que al impedirles a los árbitros pronunciarse sobre las remuneraciones en los laudos producidos en la negociación colectiva de los trabajadores públicos, así como amenazarlos con la inhabilitación si desobedecieran la prohibición (artículo 6 y Quincuagésima Octava de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley de Presupuesto de 2014), se está generando una grave interferencia en la independencia de la función arbitral.

El Informe de Adjuntía Nº 002-2013-DP/AAC, que hemos citado antes, también se pronuncia sobre las restricciones a la independencia arbitral que conlleva la Ley e Presupuesto de 2013. Sostiene la Defensoría del Pueblo que para la "(…) vigencia de los derechos fundamentales (…)" es "(…) necesario (…) que exista una

institucionalidad que garantice su ejercicio efectivo (…)", de la que forma parte el arbitraje. Añade que "(…) toda interferencia en el ejercicio de la jurisdicción arbitral vulnera la garantía de su independencia (…)". Precisa que cuando la Ley de Presupuesto de 2013 "(…) impide que los árbitros se pronuncien sobre incrementos de remuneraciones (…) evidencia una grave interferencia (…) en la función jurisdiccional de los árbitros (…)".

X. EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

El Tribunal Constitucional ha afirmado que: "Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente (…) y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (…) es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad (…) pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral (…)" (f. j. 24 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 00142-2011-PA/TC). No hay duda, entonces, acerca de que los árbitros tienen el poder-deber previsto en el artículo 138 de la Constitución. Si se les extendió a los tribunales administrativos y a los órganos colegiados (Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 3741-2004-PA/TC, sujeto a las condiciones que precisa la Aclaración), con mayor razón la poseen los árbitros. Al cierre de este artículo, el Tribunal Constitucional había revocado aquella facultad a las entidades administrativas (Fundamento 35 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0493-2012-PA/TC).

El Informe de Adjuntía Nº 002-2013-DP/AAC valida la utilización del control difuso por los árbitros, en estas palabras: "(…) si los árbitros encuentran incompatibilidad entre la Constitución y la disposición de la Ley de Presupuesto que impide que los árbitros se pronuncien sobre aspectos que son propios de su competencia –como pronunciarse sobre aspectos remunerativos que se deriven de la negociación colectiva– podrán inaplicar dicha disposición (…)".

El debate respecto de este punto, se centra en determinar si los árbitros que operan en los procesos por conflictos económicos tienen las mismas atribuciones que los que actúan en conflictos jurídicos. Recordemos que en los primeros se crea una norma, mientras en los segundos se aplica esta. La negociación colectiva pertenece claramente al primer tipo. ¿La facultad de utilizar el control difuso la tienen también los primeros? Habría, en mi concepto, argumentos en contra y a favor. En contra: no estamos estrictamente ante una actividad jurisdiccional, en la que se aplica el derecho, y los árbitros pueden ser profesionales de cualquier área –incluso no profesionales–, y no necesariamente abogados. A favor:

las sentencias del Tribunal Constitucional que le atribuyen la facultad de ejercer el control difuso a los árbitros, no distinguen –hasta ahora– entre uno y otro tipo de conflicto e, incluso, al interior de los conflictos jurídicos, entre los arbitrajes de derecho y los de equidad; y también en el arbitraje regulado por la Ley de Arbitraje, que es supletoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, solo deben ser necesariamente abogados, los que actúan en arbitrajes de derecho, no los que lo hacen en arbitrajes de equidad (artículo 25). El Tribunal Fiscal, por ejemplo, cuyos miembros pueden ser abogados o contadores, posee la atribución de ejercer la inaplicación de los reglamentos ilegales (artículo 102 del Código Tributario), incluso antes de que el Tribunal Constitucional la concediera ampliada –también pueden inaplicarse las leyes inconstitucionales– a los tribunales administrativos y a los órganos colegiados (recientemente retirada, como dijimos antes). Nos inclinamos por la lectura a favor, por las razones expuestas.

XI. BREVE REFLEXIÓN FINAL

La prohibición de negociar colectivamente las remuneraciones, impuesta de manera absoluta y permanente a los trabajadores del Sector Público, resulta inconstitucional. Asimismo, la intervención estatal sobre la independencia arbitral. Más aún si no estamos en un periodo de crisis económica, sino, por el contrario, en una prolongada etapa de crecimiento significativo y sostenido. No es válida, pero ¿será siquiera eficaz? ¿Lo fue la serie de restricciones impuestas desde el Decreto Ley Nº 11377 hasta las Leyes de Presupuesto? Toda restricción extrema y absurda es comúnmente desbordada por la realidad, en medio de graves conflictos. ¿No se transitó así, en la historia sindical, de la fase de la prohibición a la del reconocimiento? ¿Pretende nuestro legislador regresarnos a una prohibición/reconocimiento parcial? ¿No sería más inteligente –y no solo acorde con el modelo constitucional– buscar soluciones de consenso? ¿Es mucho pedirlo? ¿Dejarán los árbitros de utilizar el control difuso porque se les amenaza con inhabilitarlos? ¿o eso generará más demandas de amparo ante el Poder Judicial?

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

LUZ PACHECO ZERGA[1]

Conocí al profesor Mario Pasco Cosmópolis en las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú hace ya muchos años. El impacto que me produjeron sus magistrales clases de Derecho del Trabajo y luego de Seguridad Social, despertaron mi interés por esta rama del ordenamiento, que coloca al hombre en el centro de su actividad reguladora. Fue el Director de mi tesis de bachillerato en la que propuse, como sistema alternativo al de la Seguridad Social, los seguros privados de atención de salud porque ya en ese entonces era evidente la falta de capacidad del Sector Público para atender debidamente la salud de la población. Tuve también el honor de que formara parte del Tribunal por el que obtuve el grado de Abogado. Desde entonces he admirado su lucidez, su amplia cultura, su facilidad de palabra, unida a la rapidez de los juicios, que lo convirtieron en uno de los más connotados laboralistas americanos.

Hoy, me sumo al homenaje que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo realiza con la publicación de este libro, comentando un tema recurrente en su pensamiento: el del rol medular que tienen los principios del Derecho del Trabajo para la plena vigencia de los derechos laborales, utilizando como fuente principal su artículo titulado "La reafirmación de los principios laborales", que formó parte del libro homenaje a Américo Plá Rodríguez. Para ello analizaremos el concepto de principios generales del Derecho y el de principios del Derecho del

(1) Abogada por la PUCP. Título de Conciliador a nombre de la Nación. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo en la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la misma universidad y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho en campus Lima.

Trabajo. Seguidamente desarrollaremos tres de estos principios y culminaremos con algunas conclusiones.

I. EL CONCEPTO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

La diferencia a la que aludimos con el título de este apartado no es ociosa: es necesario distinguir entre los principios generales del Derecho y los propios de una disciplina. Los primeros, como bien afirmó el profesor Pasco Cosmópolis, son verdades anteriores y superiores a la norma legal, que constituyen su fundamento último y primordial, con una triple función: la de informar y fundamentar el orden jurídico; servir como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal y operar como criterio orientador en la labor interpretativa del juez(2).

La Constitución del Perú se pronuncia en este mismo sentido. Encontramos dos artículos que hacen referencia a los principios generales del derecho: el 139.8 y el 181. El primero de ellos se refiere al deber de administrar justicia ante el vacío o deficiencia de la ley, para lo cual los jueces deberán aplicar "los principios generales del derecho y el derecho consetudinario". Y el segundo, establece el deber del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones de resolver "con arreglo a ley y a los principios generales de derecho". Sin embargo, no los define. Ha sido el Tribunal Constitucional (TC) el que realiza dos precisiones importantes para nuestro análisis.

La primera es que esos principios son normas fundamentales o generalísimas del sistema, aun cuando en algunos casos no tengan esa estructura jurídica. Y la segunda, que "los principios generales del Derecho existen en diversos niveles del Derecho y que todos pueden ser utilizados para fines de integración jurídica"(3). Por lo tanto, como bien señaló el profesor Pasco Cosmópolis, "todo sistema jurídico se asienta en principios, que son su base dogmática y axiológica. Aquel que careciera de tal base sería apenas un conjunto desarticulado de leyes sin alma ni espíritu"(4).

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Grijley - Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima , 2009, pp. 4-5.

(3) Cfr. Exp. Nº 0047-2004-AI, ff. jj. 42-43.

(4) PASCO COSMÓPOLIS. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo, p. 5.

Sin embargo, como el mismo TC reconoce, esos principios "presentan diversa gradación y diversa extensión". De allí que sea posible encontrar, en la misma Constitución, junto a esos principios generales, otros que están referidos al ámbito estrictamente constitucional(5), al tributario(6), al judicial(7) y al laboral(8). De modo similar encontramos principios que, si bien tienen su origen remoto en la dignidad humana y, por lo tanto, en los principios generales del Derecho, su fuente próxima es la Constitución o la ley. Muestra de ello son los catorce principios que ordenan el sistema de inspección de trabajo(9), o los que inspiran el proceso laboral(10).

Por lo tanto, puede afirmarse que junto a los principios generales del Derecho, que son anteriores a la ley positiva y que la fundamentan, existen otros, de carácter menos general, que informan una rama del ordenamiento, por mandato constitucional o legal. Con esta salvedad se puede afirmar que los principios del Derecho del Trabajo son "reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sean mediante la interpretación, aplicación o integración de normativas"(11).

Existen diversos catálogos de los principios que informan el Derecho Laboral: Plá Rodríguez reseña trece según el Derecho español y siete según su obra ya citada(12). En esta oportunidad, por la extensión asignada a las colaboraciones, nos referiremos brevemente a tres de ellos: uno de carácter generalísimo y dos,

(5) Cfr. Artículo 3: 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.

(6) Cfr. Artículo 74: "(…) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (…)".

(7) Cfr. Artículo 139.

(8) Cfr. Artículo 26: En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

(9) Cfr. Ley Nº 28806, artículo 2

(10) Cfr. Ley Nº 24947, artículo I.

(11) Exp. Nº 0008-2005-PI/TC, f. j. 20.

(12) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Reflexiones sobre los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social & Grijley, Lima, 2009, pp. XXVI-XXXVIII.

que son propios del Derecho del Trabajo, que comenta Pasco Cosmópolis en la obra antes mencionada[13].

II. EL PRINCIPIO DE OBRAR DE BUENA FE

Este principio se concreta en el deber de obrar de buena fe, que puede definirse como la disposición personal de realizar las prestaciones voluntariamente asumidas, con probidad en la ejecución y efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena, que excluye el engaño y cualquier finalidad que pudiese alterar el equilibrio de la relación contractual. Este modelo de conducta, que permite lograr una convivencia pacífica y próspera entre las personas de una comunidad. Se concreta en la confianza o esperanza de una actuación correcta de la otra parte, así como en la lealtad en los tratos y en la fidelidad a la palabra dada. Es uno de los pilares del mundo jurídico y un presupuesto de la convivencia civilizada. Se trata de la "manifestación más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial"[14].

Este principio-deber tiene su fundamento último en el respeto debido a la dignidad humana, porque quienes celebran y ejecutan un contrato dan cauce a sus fines, intereses y aspiraciones, que derivan de su naturaleza racional[15]. La falta de probidad o de lealtad equivale a instrumentalizar a la otra parte para lograr el propio beneficio, es por eso que tiene su fundamento en el respeto debido a la dignidad humana. En el ámbito laboral este deber tiene particular importancia ya que el trabajo no es solo base del bienestar social sino un "medio de realización de la persona"[16]. En consecuencia, cada parte del contrato está obligada a cumplir con los compromisos adquiridos porque debe reconocer la igual autodeterminación de la otra, con todo el contenido ético, jurídico y social que comporta este acto[17].

(13) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo", pp. 6-17.

(14) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico.* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 89-90.

(15) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ª ed., Vol, Civitas, 1996, p. 126. Dice este autor que 'este reconocimiento del Derecho consiste, por un lado en dar protección jurídica a un ámbito de autosoberanía para reglamentar las propias situaciones jurídicas y, a través de ellas, dar cauce a los fines, intereses y aspiraciones personales, que son los que se consiguen al celebrar los contratos".

(16) Constitución del Perú, artículo 22.

(17) Cfr. LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trans. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, p. 67.

La obligatoriedad que entraña el deber de obrar de buena fe, no deviene del mero acuerdo de voluntades. Es indispensable que el pacto responda a criterios de razonabilidad y a un orden de valores amparado por el Ordenamiento vigente. Por lo tanto, no es suficiente argumentar que ha existido un acuerdo para que este sea conforme a derecho. Su contenido ha de respetar las reglas de la justicia y de la veracidad con la contraparte y, también con la sociedad. Lo contrario sería simple arbitrariedad(18), que junto con la violencia, son la antítesis del Derecho(19).

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución al declarar que no ampara el abuso del derecho (art. 103 *in fine*) permite concluir a contrario sensu que solo es lícito **el uso debido** del derecho, que se identifica con el actuar de buena fe(20). Nuestra más autorizada doctrina civilista escribió hace más medio siglo que este principio "presupone como premisa lógica la justicia y la equidad", [que] "puede permitir, de un lado ensanchar los efectos del contrato más allá de sus términos literales; de otro lado, restringirlos"(21).

Su falta de positividad responde precisamente a su calidad de principio ético, con una fuerza jurídica innegable, que se fundamenta directamente en el **núcleo duro** del respeto debido a la dignidad humana. De este modo, el principio de buena fe se ordena a lograr lo materialmente justo en las relaciones jurídicas y a superar lo meramente formal, corrigiendo los excesos del individualismo jurídico, para procurar dar a cada cual lo suyo, prohibiendo el daño a tercero, esto es, "abriéndose a un entendimiento social y no puramente egoísta de los derechos"(22).

A través de este principio general se impone, en todos los ámbitos de la conducta laboral, un modelo o arquetipo basado en la rectitud y honradez, atendiendo

(18) De Castro y Bravo hace un breve resumen de cómo desde muy antiguo, en el Derecho Romano, la autonomía de la voluntad no equivalía a arbitrariedad: siempre han existido límites sobre el objeto del contrato, con base en la ley y a la moral. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 89.

(19) "El Derecho supone, pues, por una parte no violencia, renuncia a la fuerza como paradigma de las relaciones, sustituyéndola por el reconocimiento; y, por otra, no-discriminación, inclusión, universalidad, apertura plena, a diferencia de otras formas de coexistencia, donde la apertura es limitada, o solo *ad intra*, como sucede con las relaciones de amistad o las relaciones que constituyen específicamente la comunidad política". SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo". En: *El derecho a la vida*. Ed. C.I. Massini y P. Serna, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 31.

(20) El artículo 1362 del Código Civil vigente recoge la obligación del actuar de buena fe prevista en el artículo 1328 del Código de 1936. La doctrina jurídica más autorizada en nuestro medio, al comentar este artículo dejó escrito que "el principio destacado es el artículo 1328 de la buena fe, en cuanto presupone.

(21) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentario al Código Civil peruano.* Tomo III, Lima, p. 34; citado por GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Vol. IV, Lima, 1971, p. 1042.

(22) MONTOYA MELGAR, Alfred. *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. 12.

a la unidad del orden moral, recogido por el Derecho"[23]. Mantiene perenne actualidad exigir una conducta veraz a los contratantes, para que cumplan con honradez o probidad sus obligaciones y para que tengan la firme y efectiva voluntad de no defraudar la confianza ajena. El deber de actuar de buena fe excluye el engaño y cualquier acción que altere el equilibrio de la relación contractual[24]. En consecuencia, para determinar el incumplimiento contractual es necesario atender "fundamentalmente a determinados extremos como son, en el ámbito subjetivo, la diligencia observada y el propósito perseguido y, en el ámbito objetivo, el contenido fundamental de dicha conducta"[25]. Así, por ejemplo, en el caso de los permisos, resulta tan condenable engañar al empresario solicitando un permiso no necesario, como negarse este a concederlo, sin motivo justificado y proporcional.

La reconducción de los mutuos deberes hacia el de buena fe, permite identificar cuál es el contenido constitucionalmente protegible de los derechos fundamentales, como recientemente ha quedado en evidencia en el proyecto de ley presentado por la Comisión de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Congreso, que remite al deber de buena fe para delimitar el ejercicio legítimo del derecho de uso de los medios electrónicos en el trabajo y su respectivo control por el empleador. Este contenido no puede determinarse a priori: exige una labor prudencial, realizada sobre la base de un contexto determinado.

El principio de obrar de buena fe impone a quienes celebran un contrato de trabajo unas obligaciones, libremente asumidas, que necesariamente delimitan los derechos directamente relacionados con esas obligaciones. Así, por ejemplo, la libertad de expresión de un trabajador de una empresa de comercialización de neumáticos no se verá afectada del mismo modo que la de un profesor de un centro educativo con ideario. O, el derecho a la propia imagen no impide asumir la obligación de vestir un uniforme determinado, salvo que este no sea acorde con el respeto que merece el cuerpo y la persona de un trabajador, sea por exceso o por defecto de la indumentaria.

(23) Más aún, se puede decir que el modelo jurídico de conducta que inspira la buena fe, enlaza con el moral, e incluso con el religioso. Montoya Melgar hace notar que el "buen varón" del Derecho Romano es el equivalente al "hombre justo" de los Proverbios bíblicos y del "hombre de bien, "sensato", "recto" y "bueno" que alaban Platón y Aristóteles primero y Cicerón y Séneca más tarde, pero que los juristas modernos prefieren identificar con un "realista hombre común o medio, dotado de la diligencia y prudencia ordinarias, al que –pasando sutilmente del plano moral al lógico– llaman "persona razonable". Cfr. Ibídem, 13.

(24) "En tal sentido, el principio de la buena fe protege frente al ejercicio, doloso o culposo, del derecho de la otra parte, de acuerdo con una elaboración emparentada con la antigua concepción romana de la *exceptio doli*". Ibídem, 36.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo español del 20 noviembre de 1989 (RJ 1989\8205).

III. EL PRINCIPIO PROTECTOR

Sin menoscabo de la idéntica jerarquía axiológica de los principios, el principio protector es considerado como esencial o imprescindible para el Derecho del Trabajo, ya que se origina en la "desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte –el empleador–, pletórica de poderes, y otra parte débil –el trabajador–, cargada de deberes"[26]. Haciendo suyo el pensamiento de Plá Rodríguez, Pasco Cosmópolis afirma que sin este principio el Derecho del Trabajo perdería su alma y su razón de ser ya que "constituye el núcleo central y básico del sistema"[27].

Si bien el principio obedece al deber de respeto *erga omnes* que nace de la igual dignidad humana, en este caso se ordena directamente a proteger los derechos de una persona que, mediante la celebración del contrato de trabajo, voluntariamente se pone en una posición de subordinación y dependencia económica, jurídica y fáctica frente a otra. El Derecho, ante esta realidad "genera una desigualdad de signo inverso, un derecho deliberadamente desigualador que atribuya privilegios al débil al tiempo de limitar las atribuciones del fuerte, poniendo 'fin al absolutismo patronal', como lo calificará en su momento De Ferrari"[28].

La doctrina académica y jurisprudencial, tanto nacional como extranjera, reconoce que este principio se concreta en tres reglas: (i) *in dubio pro operario*; (ii) norma más favorable, y (iii) condición más beneficiosa. La primera de estas reglas se recoge en el artículo 26.2 de la Constitución[29]. La segunda, en el artículo III de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Nº 27497[30]. Y la tercera, no ha sido recogida por la legislación, pero sí por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Aun cuando se repitan los conceptos antes mencionados es conveniente reseñar a continuación una sentencia en casación de la Corte Suprema, que define con claridad cada una de estas reglas y aplica la regla de la condición más beneficiosa, reafirmando así su legitimidad en nuestro ordenamiento. En esa oportunidad la Corte precisó que "[U]no de los principios que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo es el principio protector, que se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, pues este, en lugar de

(26) PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*, p. 6.

(27) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 34.

(28) PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*, p. 7.

(29) "Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

(30) Una disposición similar se encuentra en el artículo II de la Ley Nº 26636.

inspirarse en un propósito de igualdad, persigue establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Este principio se expresa en tres formas diferentes: a) *in dubio pro operario*, criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, el que sea más favorable al trabajador; b) regla de aplicación de la norma más favorable, cuando hay varias normas aplicables a la misma situación jurídica se debe aplicar la más favorable para el trabajador, y c) regla de la condición más favorable, la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse"[31]. Con esa oportunidad, la Corte aplicó el principio y declaró fundada la demanda, en base en la condición más beneficiosa "porque antes de la afiliación de los trabajadores empleados al sindicato demandante, estos percibían las bonificaciones denominadas artículos de higiene y asignación mensual de vivienda, condiciones que no pueden ser alteradas por otras que resulten perjudiciales, como pretendía la empresa demandada"[32].

Como hemos podido apreciar, la sentencia reafirmó los alcances de la regla *in dubio pro operario*: que no versa sobre un *factum,* es decir, sobre si existen o no suficientes pruebas para determinar si el trabajador cometió o no un hecho determinado, sino sobre cómo aplicar el *iure,* es decir, del Derecho. En otras palabras, el principio exige determinar el sentido más favorable de la norma aplicable. A su vez, el TC ha completado el marco de aplicación al establecer los siguientes requisitos para su aplicación: (i) Existencia de una norma pasible de diversas interpretaciones; (ii) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir la duda por otros métodos de interpretación; (iii) Obligación de adoptar como criterio normativo el que ofrece mayores beneficios al trabajador; y (iv) Imposibilidad de integrar la norma porque el principio no se ordena a suplir la voluntad del operador del Derecho, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador"[33].

Con relación a la segunda regla la doctrina académica del Derecho comparado reconoce tres criterios para seleccionar la norma aplicable: (i) En bloque por la comparación global entre las normas prefiriéndose, a la que en conjunto sea más favorable. (ii) Entresacar las disposiciones más favorables de cada norma; y (iii) Por materias homogéneas de una y otra norma. Los dos últimos criterios presentan una dificultad fácilmente apreciable: la de crear una norma no elaborada

(31) Cas. Nº 4940-2007-Tacna, 04/28/2009.

(32) Ídem.

(33) Cfr. Exp. Nº 0008-2005-PI/TC, f. j. 21.

según los procedimientos establecidos en nuestra Constitución. Por eso, la opción acorde con nuestro ordenamiento es la primera de ellas, es decir, aplicar la que, en su conjunto, resulte más favorable al trabajador.

Finalmente, la tercera regla no se encuentra recogida en disposición normativa alguna, pero –como hemos apreciado en la casación antes reseñada–, la Corte Suprema, además de definirla, la emplea para dirimir un conflicto jurídico.

Resta ahora analizar las dos proyecciones del principio protector conocidas como el principio de irrenunciabilidad de derechos y el de continuidad de la relaciones laborales, que veremos a continuación(34).

IV. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

La posibilidad de renunciar a los derechos subjetivos es reconocida por los ordenamientos jurídicos occidentales pero con una premisa inderogable: que existen derechos inalienables, inherentes a la dignidad humana y anteriores al reconocimiento del Estado, que no pueden ser materia de negociación jurídica(35). Estos son los derechos netamente **indisponibles**. Superado este umbral, se reconoce la capacidad negocial de todas las personas, salvo que existan situaciones que justifiquen imponer límites, como serían las de preservar el orden público o proteger de sus propios actos a quienes por alguna discapacidad o circunstancia, podrían lesionar sus intereses por ignorancia o debilidad(36).

En el ámbito civil, la renunciabilidad de derechos es la regla general, aun cuando existan algunos que sean irrenunciables, sea por su naturaleza o por prohibición legal(37), ya que trascienden los intereses individuales. En cambio, en el

(34) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*.

(35) La conciencia de esta especial dignidad de la persona humana y del respeto *erga omnes* que se debe a los derechos que dimanan de su naturaleza, encuentran una expresión jurídica de reconocimiento mundial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, realizada en 1948. Sobre la importancia de este documento, remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. "La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En: *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Luz Pacheco Zerga (coordinación), Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2008, pp. 6-30.

(36) El Código Civil regula los supuestos de incapacidad jurídica y los nombramientos de curador o tutor (Cfr. arts. 42 y 43 y normas concordantes).

(37) Por atentar contra el interés, el orden público o perjudiquen a terceros. Para mayor detalles sobre los alcances de esta figura remito, por todos, a LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBUDILLA, Francisco; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil*. 3ª ed. revisada y puesta al día por

Derecho del Trabajo se impone como regla general la contraria porque se busca proteger al trabajador, inclusive de sus propios actos, ya que por la situación de subordinación es posible que realice renuncias en su propio perjuicio, "presumiblemente forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social"[38]. Por esta razón, desde un primer momento, la irrenunciabilidad ha sido reconocida a favor del trabajador y no del empresario, aunque es factible que este renuncie a ciertos derechos, pero no podrá abdicar "de las potestades que definen al empresario como figura jurídica contractual"[39]. Esta irrenunciabilidad ha sido denominada también como **nulidad del pacto de renuncia**, que permite tener como no puestas aquellas cláusulas que contengan menores beneficios a los reconocidos por la constitución, la ley o el convenio colectivo, sin afectar por ello la validez del contrato de trabajo[40].

La evolución de este principio ha sido similar en los países occidentales y su vigencia se mantiene incólume. Actualmente se le considera "el instrumento de garantía efectiva del disfrute de los derechos de contenido laboral por parte de quien ostenta en la relación de trabajo una posición de subordinación jurídica"[41], que es la que corresponde al trabajador.

Esta limitación a la capacidad jurídica del trabajador tiene un carácter protector que debe interpretarse de acuerdo al texto constitucional, en particular del artículo 23: "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". En consecuencia, esa protección no implica negarle al trabajador capacidad de negociar o celebrar contratos o transacciones con fines lícitos (art. 2.14), pero sin que abdique de derechos constitucionales o legales, tal como establece el artículo 26.2 de la Constitución, o convencionales, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 43.a) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[42].

Jesús Delgado Echevarría ed., V vols., vol. III, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 95-99.

(38) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 225.

(39) ALONSO OLEA, Manuel. *La aplicación del Derecho del Trabajo.* Ministerio de Trabajo, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 13.

(40) También en esto se aprecia la influencia de España en nuestro medio. En ese país la primera Ley de accidentes de trabajo del 30 de enero de 1900, artículo 19 declara "nulos y sin valor toda renuncia a los beneficios de la presente ley y, en general, todo pacto contrario a sus disposiciones". Esta disposición fue extendida, vía doctrinal y jurisprudencial a la legislación social de la época. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed., Thomson & Civitas, Madrid, 2006, p. 1169.

(41) RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. "Irrenunciabilidad de derechos". En: *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*. Antonio V. Sempere Navarro, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Raquel Aguilera Izquierdo (dirección y coordinación), Universidad Complutense de Madrid & Universidad Rey Juan Carlos & Thomson Reuteres, Madrid, 2009, p. 802.

(42) "La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los

Cuestión distinta al carácter no renunciable de los derechos laborales es el de indisponibles. La noción jurídica de "disposición" fue elaborada por la doctrina alemana e italiana y recepcionada por la legislación y la doctrina española. Abarca los "actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales un derecho subjetivo puede quedar transformado, modificado e, incluso, extinguido"[43]. El término disposición comprende todo acto que implique una disminución del patrimonio o de la esfera jurídica de un derecho sea mediante una renuncia o una negociación y/o transacción[44]. Para el sector más autorizado de la doctrina española, aun cuando el Estatuto de los Trabajadores de ese país no haga referencia a la "irrenunciabilidad" sino a la "indisponibilidad" de derechos, *lo que se prohíbe son las renuncias en sentido propio*, ya sea que se produzcan antes o después del nacimiento del derecho correspondiente[45], como sería la renuncia al goce de vacaciones o al pago de horas extras, respectivamente y no las transacciones o conciliaciones[46]. De hecho, la línea adoptada por los Tribunales españoles es la de admitir las conciliaciones o transacciones[47], ante la existencia de una incertidumbre en la realidad del derecho litigioso[48], lo cual permite realizar concesiones mutuas, pero le impide al trabajador abdicar de sus derechos.

---

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". En consecuencia, cuando exista un convenio colectivo aplicable, el contrato de trabajo estará normado por este y no por la autonomía de las partes en cuanto a los mínimos aplicables. En similar sentido opina la doctrina jurídica al señalar que, en principio, "los derechos procedentes de los convenios colectivos, son tan irrenunciables como los emanados de una ley, ya que son irrenunciables todas las normas laborales. Solo cabría la posibilidad de la renuncia en la hipótesis, nada probable en la práctica, de que las propias normas del convenio colectivo hubieran autorizado esta renuncia". PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 110.

(43) RAMOS QUINTANA. *Irrenunciabilidad de derechos*, p. 802.

(44) Cfr. RAMOS QUINTANA, 2009 #1429@802} En el mismo sentido se pronuncian MONTOYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*, p. 226. ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 25ª rev. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 1169.

(45) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 34ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 228.

(46) Por todos, ver: SEMPERE NAVARRO, Antonio. "¿Hay límites a la transacción sobre sentencia recurrida y favorable al trabajador? (Comentario al auto de 17 de julio de 2007)". En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi,* 2007, pp. 1-11.

(47) "La irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por disposiciones de derecho necesario o como indisponibles por Convenio Colectivo, es plenamente compatible con la solución extrajudicial de los conflictos por voluntad concorde de las partes cuando ninguno de esos derechos resulte afectado" (Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) del 17 octubre 1988 [Repertorio Jurisprudencia Aranzadi (RJ)1988, 7832]).

(48) Así por ejemplo, "el acuerdo o transacción entre trabajador y empresa [relativo a la procedencia del despido] no constituye (…) conculcación del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la actuación dispositiva del trabajador no afecta a un derecho a la readmisión ya reconocida, ni se traduce en la renuncia a un derecho ya adquirido, sino que opera sobre una situación de incertidumbre. A ello ha de añadirse, en primer lugar, la conveniencia de reforzar aquellos institutos, como la conciliación, tendentes a evitar litigios y a favorecer la rápida y pacífica solución de los conflictos individuales y, en segundo lugar y en relación con lo expuesto, la innegable posibilidad de que el trabajador estime la conveniencia de evitar el riesgo de una declaración de procedencia del despido, aceptando la oferta empresarial de indemnización, consecuente a un despido improcedente" (STS del 4 febrero 1994 [RJ 1994, 798]). En el mismo sentido ver SEMPERE NAVARRO.

Un sector importante de la doctrina jurídica nacional se ha expresado en términos de derechos indisponibles nacidos de normas imperativas desde hace más de dos décadas[49]. Sin embargo, tanto la Constitución como la legislación laboral sustantiva hacen referencia a la irrenunciabilidad de derechos y no a su indisponibilidad. La excepción ha sido la nueva Ley Procesal de Trabajo al establecer, como requisito para la eficacia de la conciliación o transacción, superar el test de **disponibilidad de derechos**, que exige que el acuerdo verse sobre derechos nacidos de una norma dispositiva y que no afecte derechos indisponibles[50] (art. 30). Se crea así una antinomia entre el objetivo de la conciliación laboral, que es lograr un acuerdo con base en cesiones recíprocas y la realidad de que los derechos que son objeto de pleito judicial son, precisamente, los nacidos de norma imperativa, como pueden ser el pago de haberes, de intereses, la indemnización por la falta de goce vacacional, las horas extras, etc. La interpretación literal llevaría a reducir el ámbito de la conciliación o transacción a tal punto que convertiría en inoperantes ambas formas especiales de conclusión del proceso.

Interesa, por ende, precisar cómo la indisponibilidad no está comprendida en el principio de irrenunciabilidad de derechos ya que, entre otras razones, nuestro ordenamiento promueve la transacción y la conciliación como medios alternativos de solución de conflictos, lo cual no sería viable si los derechos laborales originados en norma imperativa fueran indisponibles.

Si la renuncia es el acto voluntario de abdicación de un derecho, la irrenunciabilidad se define como "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio" [51], sin percibir algo proporcional a cambio. La indisponibilidad, en cambio, impide cualquier acto de disposición sobre un derecho sea este cierto o dudoso. Cuando se realiza una conciliación o transacción es posible "trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto"[52] por la capacidad de disposición que tiene el trabajador sobre sus derechos. El principio de irrenunciabilidad de derechos exige que no se sacrifique gratuitamente un derecho, pero no impide que se consiga, **a cambio de una concesión**, determinada ventaja o beneficio.

"¿Hay límites a la transacción sobre sentencia recurrida y favorable al trabajador? (Comentario al Auto del 17 de julio de 2007)", p. 7.

(49) Cfr., por todos, NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Ara Editores, Lima, 1997, p. 109.

(50) Ley Nº 27497, artículo 30

(51) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*, p. 118.

(52) MONTOYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*, p. 228.

Además, se debe tener en cuenta que las presuntas obligaciones del empleador, así como las pretensiones del trabajador, tienen la calidad de dudosas o litigiosas mientras no exista un pronunciamiento judicial que defina sus respectivos derechos. Si bien un derecho laboral se origina con la prestación del servicio, su exigibilidad dependerá de la decisión jurisdiccional que ajustará las pretensiones a lo que se pruebe en el juicio. Por eso, la conciliación logra –como ya hemos dicho– "trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto, mientras que la renuncia supone simplemente privarse de un derecho cierto"(53). En estos casos la titularidad del derecho se debe entender como una expectativa jurídica, un derecho eventual, que permite al sujeto disponer de él porque tiene ya en su poder el germen del futuro derecho(54), pero siempre observando el principio de irrenunciabilidad.

En definitiva los acuerdos no deben esconder "una o más renuncias, tentación a la que se ven enfrentados muchas veces los trabajadores deseosos de hacer efectivo, de inmediato, un crédito que el empleador se niega a pagar íntegramente, con o sin razones"(55). Para emitir este juicio deberá evaluarse cuidadosamente si la oferta hecha por el empleador –en términos económicos– es proporcional a la cesión que realice el trabajador(56). Y, lo lógico será que al no existir en nuestro ordenamiento derechos indisponibles, sino solo irrenunciables y que una interpretación literal del artículo 30 de la nueva Ley Procesal de Trabajo llevaría a negar la capacidad contractual del trabajador, lo cual es contrario a la Constitución(57), los tribunales peruanos deberían optar por la solución de sus homólogos españoles. Es decir, centrar la cuestión en proscribir la simple renuncia de derechos, por aplicación del principio de irrenunciabilidad. Y no solo admitir, sino promover las transacciones o conciliaciones realizadas conforme a ley, ya que se trata de "no encorsetar con exceso al trabajador, e impedirle un acuerdo que posiblemente redunde en su propio beneficio"(58).

(53) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*, p. 99.

(54) Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 58.

(55) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*, p. 99. Las cursivas no son del original.

(56) El artículo 30 de la NLPT establece expresamente que la participación del juez en la conciliación no implica, en caso de continuar el juicio, un prejuzgamiento ni lo manifestado por las partes, una declaración. En el caso de la homologación de la transacción o de la conciliación extrajudicial, corresponde el mismo deber al juez.

(57) Artículo 2.9: Toda persona tiene derecho: (…) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público

(58) RÍOS SALMERÓN, Bartolomé; MARTÍNEZ MOYA, Juan. "De la ejecución de sentencias". En: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Social*. Antonio V. Sempere Navarro (coordinador), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 1453.

Finalmente, se debe añadir, que el principio de irrenunciabilidad no se extiende a los beneficios que pacte el trabajador en su contrato de trabajo que superen los mínimos normativos.

V. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACIÓN LABORAL

La permanencia de un trabajador en su puesto de trabajo puede "verse afectada de dos maneras: en el ingreso, si este se produce en términos de temporalidad, atado a un contrato por plazo determinado; en la salida, permitiendo el despido sin justa causa o sujetándolo apenas a requisitos de fácil cumplimiento por el empleador"[59]. El principio de continuidad de la relación laboral se extiende a los dos extremos y es necesario delimitar su obligatoriedad en ambos sentidos.

Este principio, si bien es una manifestación del principio protector, es también una consecuencia del principio de causalidad. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional al señalar que el "régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen"[60]. Y de la confluencia de estos principios se derivan la denominada estabilidad de entrada, que solo admite la contratación a plazo fijo cuando se justifique la temporalidad del servicio, y la estabilidad de salida, que determina una mayor rigidez para admitir la extinción unilateral del contrato por voluntad del empleador.

La preferencia por la contratación a tiempo indefinido y la excepcionalidad de la temporal se deduce del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[61]. Esta excepcionalidad se manifiesta en las exigencias de formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales y, finalmente, sanciones cuando hay fraude o simulación en el uso de estas reglas[62]. El Tribunal Constitucional ha avalado esta interpretación en repetidas oportunidades, señalando que los

(59) PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*, p. 13.

(60) Exp. Nº 1874-2002-AA/TC, f. j. 3.

(61) "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".

(62) Cfr. LPCL, arts. 72 a 77.

contratos temporales[63], así como los calificados como accidentales-ocasionales[64] justifican, en el primer tipo de contratos, la contratación de personal en forma temporal cuando no sea suficiente el personal de la empresa para atender una coyuntura; y, en el segundo, cuando se tenga que atender necesidades ocasionales, distintas a las actividades habituales en la empresa[65]. En otras palabras, mientras que en el primer grupo se puede contratar temporalmente a personal para labores permanentes en la empresa, en el segundo, han de tratarse de actividades distintas a las habituales, lo cual justifica la temporalidad[66].

La Corte Suprema ha reafirmado estos criterios añadiendo que son la "quintaesencia del principio de continuidad laboral, a través del cual el Derecho del trabajo expresa su tendencia por atribuirle la duración más larga posible a las relaciones laborales"[67]. Afirma que, en virtud de este principio, se considera el contrato de trabajo como uno de duración indeterminada, con vocación de resistencia ante las diversas vicisitudes que pudieran devenir en el desenvolvimiento de la relación laboral. Y, considera –citando a Plá Rodríguez, aunque de forma inexacta– que la aplicación del principio de continuidad laboral tiene los siguientes seis desarrollos, que no es posible analizar con más detenimiento en estas páginas: "1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) facilidades para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades; 4) resistencia a admitir la rescisión del contrato por la sola voluntad personal (se entiende que la del empresario); 5) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; 6) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador"[68].

La flexibilización de las normas laborales exigidas para promover el empleo y para que el empleador tuviera un instrumento sensible que le permitiera adaptar con rapidez a las necesidades fluctuantes del mercado afectan este principio porque han llevado a establecer un elenco muy amplio de contratos

(63) Que comprenden el contrato de inicio o lanzamiento de una nueva actividad; el de necesidades de mercado y el de reconversión empresarial (LPCL, art. 54).

(64) Que, a su vez, incluyen los contratos ocasionales, de suplencia y emergencia (LPCL, art. 55).

(65) Cfr. Exp. N° 1874-2002-AA/TC, f. j. 3.

(66) Un mayor desarrollo de la importancia de la causa en los contratos modales puede verse en PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo". En: *Revista de Derecho*. Nº 13, 2012, pp. 29-54.

(67) Casación Laboral Nº 3108-2012-Arequipa, 12/03/2012.

(68) PLÁ RODRÍGUEZ. *Reflexiones sobre los principios del Derecho del Trabajo*, Tomo XXXVI, p. 223 citado en forma incompleta en la Casación Laboral Nº 3108-2012-Arequipa, 12/03/2012, f. j. 2, por lo que hemos preferido la versión recogida en la fuente citada.

modales para facilitar la contratación a tiempo determinado en gran cantidad de casos o circunstancias. Lamentablemente, destaca Mario Pasco C., la contratación modal "no ha estimulado la creación de nuevos puestos de trabajo. Sólo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos"[69]. Y reconoce que, si bien las empresas consiguen una mejor adaptación a las exigencias del mercado, lo hacen mediante la precarización del trabajo y, lo que es peor, mediante su uso fraudulento, por lo que "es explicable que los desarrollos modernos apunten en dirección opuesta a aquella seguida al inicio de las reformas"[70]. Es esta una conclusión que hemos de tener en cuenta si queremos contribuir a lograr la meta del "trabajo decente", que es la mejor garantía del respeto a la dignidad humana.

Respecto a la estabilidad de salida, mucho se ha escrito al respecto[71]. Solo consignamos a continuación algunas conclusiones de Mario Pasco C., que consideramos acertadas. La primera es que cuanto más extrema es la estabilidad, más rigidez provoca y con ello, en lugar de crear empleos, los destruye pues se recurre a la informalidad, al "trabajo negro". Además, si bien protege debidamente al que tiene empleo, desprotege a la amplia masa de trabajadores que quedan sumidos en la informalidad. Por lo que es aconsejable ampliar las causas que justifican el despido y reducir las indemnizaciones por esta razón[72], lo cual exigiría a su vez que el Estado implemente mejores sistemas de protección social, tanto para el desempleo como para la atención de la salud. Y, paralelamente, no reconocer eficacia jurídica alguna a los despidos que sean lesivos de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, así como a aquellos que están calificados como nulos en el artículo 29 de la LPCL.

VI. CONCLUSIONES

Los principios generales del Derecho son la base dogmática y axiológica del sistema jurídico y sus normas fundamentales.

Junto a los principios generales del Derecho, que son anteriores a la ley positiva y que la fundamentan, existen otros, de carácter menos general, que informan una rama del ordenamiento, por mandato constitucional o legal.

(69) PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*, p. 13.

(70) Ibídem, p. 14.

(71) Por razones de espacio no es posible, en esta oportunidad, descender a más detalles.

(72) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS. *Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo*, p. 15.

Los principios del Derecho del Trabajo son reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sean mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

El principio de buena fe se concreta en el deber de obrar de buena fe, que se define como la disposición personal de realizar las prestaciones voluntariamente asumidas, con probidad en la ejecución y efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena, que excluye el engaño y cualquier finalidad que pudiese alterar el equilibrio de la relación contractual.

El principio protector logra generar una desigualdad de signo inverso a la que origina el contrato de trabajo, que pone al trabajador en situación de dependencia económica, jurídica y fáctica frente a su empleador.

El principio de irrenunciabilidad de derechos se define como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio sin percibir algo proporcional a cambio: es un acto abdicativo unilateral. La indisponibilidad, en cambio, impide cualquier acto de disposición sobre un derecho sea este cierto o dudoso y no está comprendida en el principio de irrenunciabilidad.

El trabajador es un ciudadano capaz de realizar transacciones y conciliaciones para trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto, siempre y cuando sea proporcional. El juez debe velar para que los acuerdos entre trabajadores y empleadores no escubran simples renuncias.

El principio de continuidad de la relación laboral impone limitaciones tanto a la contratación temporal como al despido no justificado, ya que ese principio confluye con el de causalidad, en virtud del cual la duración del contrato debe ser garantizada mientras subsista la fuente que la originó.

Colofón

Sigue siendo necesario, como afirmó Pasco Cosmópolis, una "cruzada de defensa y reafirmación de las bases principistas del Derecho del Trabajo" en dos campos de batalla: "el del aula universitaria, los congresos y eventos académicos y la producción científica (…) y el de la vida misma (…) para que esos principios no sean meras declaraciones líricas (…), sino que constituyan la reserva moral de

quienes aspiran a un mundo más justo y a una economía al servicio del hombre y no del hombre sometido a la dictadura inhumana de la economía"[73].

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel. *La aplicación del Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1970.

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Thomson & Civitas, Madrid, 2006.

———. *Derecho del Trabajo*. 25ª rev. ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ª ed., III vols. Vol. I, Civitas, Madrid, 1996.

GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. IV vols., Lima, 1971.

LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBUDILLA, Francisco; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil*. 3ª revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría ed. V vols., Vol. III, Dykinson, Madrid, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Traducido por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

———. *Derecho del Trabajo*. 34ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

———. *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.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ara Editores, Lima, 1997.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

PACHECO ZERGA, Luz. "La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En: *60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

(73) Ibidem, p. 20.

Editada por Luz Pacheco Zerga (coordinación), Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2008, pp. 9-30.

———. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo". En: *Revista de Derecho*. Nº 13, 2012, pp. 29-54.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Grijley, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2009, pp. 3-20.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978.

———. "Reflexiones sobre los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Tomo XXXI-XXXVIII, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social & Grijley, Lima, 2009.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. "Irrenunciabilidad de derechos". En: *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*. Editada por Antonio V. Sempere Navarro, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Raquel Aguilera Izquierdo (dirección y coordinación), Universidad Complutense de Madrid & Universidad Rey Juan Carlos & Thomson Reuteres, Madrid, pp. 802-804, 2009.

RÍOS SALMERÓN, Bartolomé / MARTÍNEZ MOYA, Juan. "De la ejecución de sentencias". En: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Social*. Editada por Antonio V. Sempere Navarro (coordinador), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1359-1458.

SEMPERE NAVARRO, Antonio. "¿Hay límites a la transacción sobre sentencia recurrida y favorable al trabajador?". (Comentario al Auto de 17 de julio de 2007). En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi,* 2007.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo". En: *El derecho a la vida*. Editada por C.I. Massini y P. Serna, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 23-80.

LA ORALIDAD Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEGISLACIONES DE ECUADOR Y ESPAÑA

ANDRÉS PÁEZ BENALCÁZAR[1]

NOTA INTRODUCTORIA

Los aportes de Mario Pasco Cosmópolis lo convierten en uno de los más importantes tratadistas del Derecho del Trabajo del mundo contemporáneo. La claridad de sus exposiciones y el genuino brillo de sus escritos, imprimieron una marca indeleble en quienes tuvimos la suerte de conocerlo y disfrutar de su amistad y sus enseñanzas. Su prematura partida ha dejado un enorme vacío. Ensayar una aproximación a temas de Derecho Procesal del Trabajo es el mejor tributo que puedo rendir al maestro y amigo que será largamente recordado aunque ningún homenaje será suficiente para resaltar su obra y su exquisita personalidad.

I. EL SISTEMA ORAL

El proceso oral y el proceso escrito a pesar de ser descritos como antagónicos u opuestos, y con caracteres propios, ambos son concurrentes y complementarios entre sí.

(1) Abogado y Doctor en Jurisprudencia y Licenciado en Sociología con mención en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Experto en Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, España. Ocupó las funciones de Director General del Trabajo. Elegido en cuatro ocasiones como legislador del Ecuador, presidió en dos periodos la Comisión de lo Laboral y Social del Congreso Nacional. Autor de varios libros sobre Derecho del Trabajo. Docente de Derecho Procesal del Trabajo de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

El hecho de admitirse la audiencia y discusión oral de las partes no implica que el procedimiento sea oral, así como también el uso de la escritura no implica que necesariamente sea escrito. Un procedimiento se dice oral u escrito, según el modo como se actúe en él; la palabra hablada o la palabra escrita(2).

No existen, por lo tanto, procesos que sean puramente orales o escritos. Siempre, de alguna manera, se combinarán elementos de uno y de otro, sin embargo de lo cual habrá también siempre una predominancia de lo oral o de lo escrito lo cual fijará el rasgo característico de un proceso en particular.

Ahora bien, lo que interesa en este texto es determinar cómo se aplican los principios procesales dentro de la oralidad, dejando establecido, anticipadamente, que todos ellos convergen, que su aplicación es simultánea y no excluyente.

II. PRINCIPIOS PROCESALES DENTRO DE LA ORALIDAD

La Ley de Procedimiento Laboral de España en su Título VI consagra los principios del proceso de la siguiente forma:

> "**Artículo 74.** 1. Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. 2. Los principios indicados en el número anterior orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente Ley". A la inmediación se la entiende como "presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas" de acuerdo a lo previsto en el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España y la misma normativa(3) comprende a la celeridad como el derecho "a un proceso público sin dilaciones indebidas" en armonía con lo señalado en el artículo 24.2. de la Constitución Española. Por su parte, la Carta Fundamental del Ecuador incluso va más allá al señalar como garantía jurisdiccional que "no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho"(4).

Los tratadistas coinciden que los procesos orales entrañan los siguientes principios:

(2) OMEBA. Ob. cit., Tomo XXIII, 1957, p. 267.

(3) Artículo 132.2. LEC de España.

(4) Literal e) del numeral 2 del artículo 86 de la Constitución del Ecuador.

Concentración

Consiste en la realización de todos los actos procesales en un número reducido de audiencias que no dejan escapar los hechos, las pruebas, las alegaciones, los fundamentos y los informes. Este principio simplifica las actuaciones procesales y a la vez garantiza la celeridad en los litigios. Francisco Ross Gamez dice que "concentración implica como su nombre lo indica, concentrar el mayor número de actos en uno solo y por su propia naturaleza es contrario a la dispersión, principio este propio y distintivo del Derecho Civil"(5).

Sin embargo, es importante puntualizar que para que este principio se cumpla, es menester que el juez cuente con suficientes poderes para ejercer su autoridad de modo que las partes no pretendan cometer abusos o utilizar artimañas para dilatar el proceso o para distraer la atención del juez respecto de los aspectos medulares de la contienda. En la legislación ecuatoriana le son efectivamente otorgados al juez plenos poderes y amplias facultades, tal como consta en el último inciso del artículo 585 que reza: "El juez también tendrá plenos poderes y amplias facultades para exigir que se cumplan con todo lo atinente al procedimiento oral, incluso en lo relativo a las actuaciones de las partes y los principios señalados en la Constitución Política de la República, especialmente el de lealtad procesal".

Al hacer esta norma relación a las actuaciones de las partes, claramente está refiriéndose al principio de concentración puesto que el juez tiene la facultad de impedir las maniobras dilatorias que siempre tienden a romper con el principio de concentración, aunque dicho poder y amplias facultades han de ejercerse sin despojarse el juez del sentido común, tan necesario para poder direccionar apropiadamente un proceso judicial lo cual implica la valoración adecuada y oportuna de las peticiones de las partes para que de ninguna manera se vaya a argumentar una denegación de justicia.

Por lo tanto, la aplicación de este principio no se garantiza solamente con el ejercicio de los poderes y amplias facultades del juez sino también con la corrección, prudencia y buen criterio que deben revestir las actuaciones de las partes procesales. Dicho de otro modo, de nada sirven tales poderes si en reciprocidad no hay rectitud en las actuaciones de los litigantes. Es por tanto en esa interacción donde se enriquece el procedimiento y se garantiza la plena y cabal aplicación del principio que permite, en definitiva, a los protagonistas del pleito el contribuir para que se alcance justicia.

(5) ROSS GAMEZ, Francisco. *Derecho Procesal del Trabajo*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

Por su parte, el artículo 75 de la Constitución española condena implícitamente las maniobras dilatorias al señalar lo siguiente: "Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho".

La concentración permite también se observe un orden que es fundamental para la prosecución de la causa, bajo las acciones rectoras del juez que encausa las actuaciones de las partes en procura de lograr transparencia en la sustanciación. Nótese que, por lo tanto, la transparencia no es solamente responsabilidad del juez sino también de las partes y las maniobras dilatorias, los incidentes infundados y el uso de triquiñuelas tendientes a demorar el curso del juicio o de derivarlo en hechos ajenos al que se litiga, también afectan a la transparencia que debe revestir al proceso judicial.

Inmediación

Las implicaciones de este principio son trascendentales puesto que abarcan las actuaciones del juez en su involucramiento en la causa, tanto en lo relativo a su interacción con los litigantes cuanto a su misma cercanía física en las actuaciones procesales, con el fin de asegurarse el más exacto conocimiento del supuesto litigioso. Empero la inmediación requiere de una participación directa no solamente del juzgador sino de todos los involucrados en el caso: partes procesales, defensores, testigos, peritos, intérpretes, lo cual contribuye a que las partes conserven una relación directa con el desarrollo del caso y el juzgamiento se funde en suficientes elementos de juicio.

El juez debe adoptar a este principio como una de sus herramientas fundamentales puesto que la oralidad funciona en la medida en que los principios procesales fundamentales se apliquen, entre ellos la inmediación que permite al juez un auténtico involucramiento y no tan solo una aproximación ya que esta última es propia más bien de aquellos procesos en los que el juez es un mero espectador como el caso del vetusto procedimiento verbal sumario.

Ese involucramiento implica que el juez se adentra en la esencia de la litis, averigua sus raíces o motivaciones, repara en los hechos sometidos a su juzgamiento por los contendientes, examina las normas jurídicas invocadas y las contrasta con los hechos propuestos, determina los efectos probatorios de las piezas procesales, dimensiona las actuaciones de las partes y con ello va formándose progresivamente un criterio del hecho controvertido cuyas conclusiones finales se verán reflejadas en la sentencia. Concomitantemente con lo anterior, recogemos el criterio del laboralista colombiano Hugo Bedoya quien sostiene que una "… valoración acertada de la prueba, implica que el juez debió haberla presenciada y para

ello debe haber una interacción entre el juez y las partes procesales y, el juez y la prueba, pues es el quien debe practicar personalmente las mismas y por último un contacto directo entre él y el objeto del pleito"[6].

Por su parte, los litigantes deben reparar en las connotaciones procesales y jurídicas de los hechos propuestos por su contraparte, observar la actuación del juzgador y prever medidas ante posibles escenarios considerando primeramente a los más previsibles pero sin descartar otros que puedan desencadenarse. Es decir, estamos ante un principio que resulta medular para los intervinientes en el pleito judicial y determinante para el objetivo supremo del juicio que es alcanzar justicia. Por ello los artículos 577 y 581 del C.T., en consonancia con el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador claramente recogen este principio sin perjuicio de mencionar que en la columna vertebral del proceso oral, el principio se halla consagrado en varias normas y de manera transversal aun cuando no se haga expresa mención del mismo.

Publicidad

Se refiere a la esencia pública de los procesos judiciales en tanto en cuanto no hay razón alguna para que un juicio de trabajo se lo sustancie en secreto, hecho que se consagra en la normativa constitucional ecuatoriana en literal d) del numeral 7 del artículo 76 y en el artículo 13 del C.O.F.J. y en el artículo 120 de la Constitución española que reza: "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento". Por lo tanto, la publicidad implica que cualquier persona puede acceder al proceso y revisarlo sin limitación alguna así como también cualquier persona puede presenciar la realización de los actos procesales.

Al respecto, Ross Gamez opina que "este principio se comenta por los procesalistas desde dos puntos de vista: a) respecto de las partes; y b) con relación a terceros. El primer supuesto implica el derecho que tienen las partes a presenciar toda la diligencia de pruebas sobre todo los interrogatorios de testigos y el de examinar los autos y todos los escritos judiciales referentes al conflicto (...) El otro supuesto en ocasión a los terceros, es la facultad que tiene cualquier persona para presenciar las audiencias que se desarrollan"[7].

Por lo tanto, el principio se convierte en una útil herramienta que permite a la colectividad, a través de quienes se interesan en el curso de la administración de justicia, el enterarse de la forma, contenido y calidad de las actuaciones del

(6) BEDOYA, Hugo. *La oralidad en el proceso laboral*. Leyer, Bogotá, 2008.

(7) ROSS GAMEZ, Francisco. Ob. cit., p. 236.

juzgador y de los litigantes, pudiendo dimensionar a los protagonistas del proceso en tanto en cuanto su participación en el pleito, sin caer en la equivocada pretensión de que solamente se debe valorar la actuación del juez que si bien está en la obligación de rendir cuentas de todos sus actos, es también importante aquilatar las actuaciones de las partes, que en muchos casos son las que inciden a veces maliciosamente en el curso de un encausamiento.

En consecuencia, el principio debe servirnos a todos para no caer en la cómoda postura de volcarle toda la responsabilidad al juez cuando muchas veces son las partes las que promueven actuaciones lesivas al conjunto de principios procesales. Por lo tanto, es útil también para los jueces el apoyarse en este principio insoslayablemente para evitar cualquier sospecha respecto de sus actuaciones.

Contradicción

En esencia consiste en la confluencia de los contrarios en una unidad procesal que es el juicio. Tal confluencia se produce por la intervención de los contendientes en el proceso, estando sus actuaciones sujetas a las objeciones y alegaciones de la contraparte. Los litigantes recíprocamente pueden formularse cargos y descargos, explicaciones, justificaciones y el juez debe velar celosamente porque siempre toda actuación de una de las partes pueda ser escrutada por la otra que invariablemente conserva y puede ejercer el derecho a contradecirla, a impugnarla, a objetarla o a desvanecerla, en una recíproca interacción entre los contendientes que impide que uno de ellos pretenda tomar ventaja respecto del otro.

Celeridad

Este principio se relaciona con la eficiencia de la administración de justicia la cual está obligada a actuar de manera que se satisfaga a tiempo, en forma oportuna y de manera transparente, los requerimientos de quien acude a ella en busca de que se solucione una disputa. Cuando esto ocurre, el ciudadano seguramente ya ha agotado una etapa anterior de búsqueda de toda forma de soluciones a su conflicto y acudir a la administración de justicia viene a ser un último recurso. En tales circunstancias, aquello entraña un desgaste psicológico, un esfuerzo material y una razonable expectativa de alcanzar una solución a su pleito. Por lo tanto, estamos ante un escenario de conflicto para el ciudadano que tiene más connotaciones de las aparentes.

En tal virtud, la obligación de la administración de justicia es atender con prontitud las demandas del ciudadano que estima que su conflicto debe ser resuelto a través de la intervención de los jueces considerando que no pudo hacerlo de otra manera.

Esto es lo que ha provocado que se le otorgue una singular importancia a este principio al punto de tener un rango constitucional como aparece del texto del artículo 169 de la Constitución ecuatoriana y del artículo 24.2. de la Constitución española, por lo que tiene un rol medular en los procesos de todo tipo, siendo en materia laboral de especial trascendencia puesto que el trabajador que busca el auxilio de la justicia lo hace esencialmente por cobrar acreencias económicas con las cuales subsiste él y su familia. Para Julio Aníbal Suárez "la celeridad del proceso laboral es una de sus características cardinales y se manifiesta con la brevedad de los plazos para el ejercicio de las acciones y recursos y el fallo de los asuntos, la acumulación de acciones de un demandante y la obligación del fallo de los incidentes conjuntamente con el fondo de la demanda"[8].

En tal virtud, es fundamental que en los juicios de trabajo la celeridad sea entendida como un principio que al aplicarse se convierte en una herramienta de enorme eficacia para el juzgador quien se sirve de ella para atender la urgencia del requerimiento del trabajador. Aquí se combina este principio con el de concentración que al evitar diligencias innecesarias, impedir acciones dilatorias, forzar un orden procedimental, etc., se suma al de celeridad para satisfacer la expectativa del ciudadano en la brevedad que sea posible y sin que en ningún caso aquello entrañe el sacrificar la calidad y el contenido de las actuaciones del juez y de las partes ni vulnerar las etapas que la ley de la materia describe con claridad y cuyo cumplimiento no puede omitirse de ninguna manera.

Por lo tanto, lo que este principio pretende es darle un tratamiento expedito al juicio de trabajo considerando que de por medio no solamente están los derechos del trabajador reclamante sino también aquellos otros derechos inespecíficos que devienen del derecho social en el que se inspira la legislación laboral.

La libre convicción

Hace relación a un sistema de valoración de las pruebas que es muy difundido en el mundo occidental y que se caracteriza por su flexibilidad para que el juez haga una evaluación de los instrumentos y actos probatorios y sea su íntima convicción la que le permita otorgar a una o alguna de ellas el valor que considere pertinente. Este sistema se distingue de otros que tienen mayor rigidez como el de prueba legal o tarifas rígidas. Sin embargo, el hecho de que sea un sistema flexible no implica para el juez una ilimitada discrecionalidad pues debe sujetarse

(8) SUÁREZ, Julio Aníbal. *El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio*. Editora Lozano, Santo Domingo R.D., 1999.

a las reglas de la sana crítica y debe motivar sus sentencias, es decir señalar con precisión cuáles son las pruebas en las que se apoya su fallo y las razones por las cuales las ha considerado como fundamentales.

Foinitski, se refiere a las condiciones para la formación de la íntima convicción:

a) Debe ser producto de las circunstancias del asunto;

b) Debe basarse en el examen y calificación de todas las circunstancias que deben ser examinadas en conjunto;

c) Debe ser el resultado de la calificación de cada prueba[9].

Solamente reunidas todas las condiciones antes mencionadas se declarará legal la convicción íntima.

Por su parte, Julio Aníbal Suárez dice al respecto que "en esta materia todos los medios de prueba son aceptados y gozan de un soberano poder de apreciación de las pruebas que se les sometan, el cual escapa a la censura de la casación, siempre que en su uso no se cometa ninguna desnaturalización. Como consecuencia de esa libertad de pruebas no existe un orden jerárquico en la presentación de las mismas"[10].

Sencillez

Este principio se opone a la rigidez e inflexibilidad propia del Derecho Civil puesto que se aplica en una materia que se inspira en el Derecho Social y que, por lo tanto, no mira solamente al interés de los contendientes, especialmente del más débil en la relación contractual, sino también al interés de la colectividad que ve a sus derechos reflejados en todos y cada uno de los derechos laborales esenciales. Considerando aquello, este principio no invoca la violación de las normas sustantivas o adjetivas, sino que simplemente objeta que las formalidades puedan obstaculizar el propósito de alcanzar justicia[11].

Mario Pasco Cosmópolis sostiene que "el proceso laboral debe ser sencillo, prevalentemente oral, exento de solemnidades. Las formalidades deben estar limitadas al mínimo indispensable; tanto la legislación que debe ser clara y comprensible en su enunciado, cuanto el trámite en si, que debe buscar la simplicidad, tienen que actuar como instrumentos accesibles no solo a los abogados sino a los

(9) BACA. Ob. cit., 1994, p. 214.

(10) SUÁREZ. Ob. cit., p. 188.

(11) Artículo 169 de la Constitución de la República.

legos. La simplicidad debe conducir a un proceso lo más lineal posible, de etapas preclusivas, claras y patentes, con el mínimo de instancias y de recursos, carente de solemnidades y ritos, y atento a una única finalidad: servir al logro de la verdad y, a través de ella, de la justicia. El proceso laboral debe simplificar para encontrar la vía más directa a la verdad"[12].

Gratuidad

Por lo general, quien acude a la administración de justicia en pos de que un derecho lesionado sea reivindicado y, como consecuencia de ello, obtener un resarcimiento, es el trabajador el cual frecuentemente carece de recursos materiales para emprender en un proceso judicial. Aquello representa para el trabajador no solamente un sacrificio personal puesto que en muchas ocasiones debe comprometer sus exigua economía sino además un desgaste psicológico al verse perjudicado por una indebida actuación de su exempleador o también por hallarse desempleado. En tal situación, es vital que la administración de justicia le exima de cualquier tipo de tasa fiscal o pago por el hecho de plantear una demanda, lo cual es otra expresión del carácter tutelar del Derecho del Trabajo.

Ciertamente, un proceso judicial entraña gastos y el pago de honorarios al abogado patrocinador por lo que el propio sistema debe auxiliar al litigante procurándole también el auspicio de un defensor público que pueda apoyarlo profesionalmente en su pretensión, hecho que se inscribe dentro de la gratuidad como principio de singular aplicación en la administración de justicia laboral.

En España se dictó en 1996 la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita con la cual se derogaron los artículos 25 y 26 de la Ley de Procedimiento Laboral relativos al beneficio de justicia gratuita y en su artículo 2 enumera las personas que gozan de tal derecho, destacando lo que consta en su literal a): "Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Uniòn Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

Principio dispositivo

También se le conoce como principio de iniciativa o instancia de parte y que entraña que las partes procesales deben impulsar el proceso por su cuenta y de conformidad con sus propósitos de alcanzar un resultado que les favorezca, enmarcando sus actuaciones en las normas respectivas y orientando sus acciones a alcanzar la verdad procesal. Sin embargo, en el procedimiento oral tanto

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 129.

de España como de Ecuador, como ya queda antes explicado, se ha añadido un carácter cuasinquisitivo asignándole al juez facultades para instrumentar prueba lo cual de ninguna manera implica que no predomine el principio dispositivo.

Principio de tutela o protector

Se trata de un principio de medular importancia en el Derecho del Trabajo, puesto que persigue el propósito de corregir la desigualdad fáctica de las partes involucradas en una relación laboral y otorgarles condiciones de igualdad jurídica para que puedan debatir sus diferencias y resolverlas. Al respecto y con acierto Diana Acosta de Loor sostiene que: "Si bien es cierto que el juez no puede perder de vista que los sujetos que se enfrentan en juicio no son iguales y que por lo mismo no los pueden tratar como si lo fueran, ello no significa que deba o pueda convertirse en tutor del trabajador, ya que no es él a quien le corresponde tutelar sino al legislador"[13].

La actuación de oficio por parte del juez en la estación probatoria y la inversión de la carga de la prueba se consideran como manifestaciones de este principio. Pero algunos autores, como el citado Pasco Cosmópolis, también ubican a las reglas pro operario y la indisponibilidad de derechos[14] como manifestaciones indirectas de este principio[15].

Primacía de la realidad o de la verdad real

El insigne iuslaboralista Américo Plá Rodríguez define a este principio diciendo que "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica 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"[16].

Lo anterior nos conduce a señalar que no siempre concuerdan los hechos con los documentos que se elaboran en el curso de una relación laboral. Por muchos factores, como por ejemplo el paso del tiempo, o la propia dinámica del centro de producción, las condiciones laborales pueden irse modificando y acaecido un litigio, existirá un contraste entre los hechos y las formalidades o acuerdos logrados materialmente por los vinculados a la relación laboral. En tal caso, prevalecen los hechos y el juzgador se guiará por lo que fácticamente se haya producido

(13) ACOSTA, Diana. *Principios y peculiaridades fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*. Edino, Guayaquil, 2008.

(14) Algunos autores califican como "indisponibilidad de derechos" a la irrenunciabilidad de derechos que es un término mucho más difundido.

(15) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 137.

(16) CASTILLO ARREDONDO, Víctor. *El ABC del Derecho Laboral*. EGACAL, Lima, 2007, p. 13.

aún cuando la contraparte interponga documentos que pudieren eventualmente contradecirlos y para ello deberá emplear su íntima convicción, examinar el entorno del hecho controvertido y dar primacía a la realidad por sobre las apariencias.

Este principio se inscribe dentro del carácter protector del Derecho del Trabajo puesto que propende a evitar que el trabajador sea objeto de una actuación fraudulenta al forjarse documentos para empleárselos en su contra; o bien evitar que la fuerza probatoria radique en piezas documentales que si bien pudieron haber sido suscritas por el trabajador, en sus contenidos fueron superadas por la realidad al momento de la desvinculación del trabajador, para cuyo efecto han de considerarse circunstancias concurrentes como la antigüedad o tiempo de servicios del trabajador, el ejercicio efectivo de su categoría ocupacional por encima de la denominación que se le asigne, las cantidades efectivamente cobradas por sobre las fijadas al iniciarse la relación laboral o las señaladas en el instrumento suscrito al tiempo de su contratación.

Adquisición procesal

La actividad de las partes dentro del proceso se incluye recíprocamente en el sentido de que no solo se beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que esta última también puede favorecerse. Los hechos que se mencionan en la demanda y contestación equivalen a confesión de parte. Por lo tanto, hay que tener sagacidad, objetividad y precisión para llevar un proceso, buscando siempre apegarse a la verdad, porque de lo contrario nuestros propios medios de prueba o asertos pueden causar la pérdida de un juicio, vulnerar la estrategia procesal o brindarle insumos procesales a la contraparte.

Nótese que el proceso judicial implica una dinámica procesal de los contendientes y, por lo tanto, cada acción implica una reacción, cada argumento puede ser contradicho, cada alegación puede ser replicada y en tal medida, cada contendiente adquiere procesalmente no solamente por lo que hace por sí misma, sino también por lo que ejecuta su contraparte.

Debido Proceso

El debido proceso entraña un conjunto de garantías mínimas a favor de una persona para que esta pueda defender sus intereses y derechos con solvencia y sin sobresaltos, acogiéndose a las normas jurídicas preestablecidas que serán el marco referencial para su desenvolvimiento.

Estas garantías se convierte en la columna vertebral de todo proceso judicial laboral y su aplicación no admite mengua alguna puesto que se dirigen a

amparar derechos fundamentales e intangibles del individuo quien en todo momento puede exigir su plena e inobjetable observancia.

En las Constituciones las garantías del debido proceso se desarrollan como parte de los derechos de protección de las personas y contienen una interesante y sólida configuración. Así, en los artículos 24 y 25 de la Constitución española se recogen sumariamente tales garantías.

Lealtad procesal

Este es uno de los principios más importantes en la medida en que el sistema de administración de justicia debe propender a la transparencia en las actuaciones de las partes. Con frecuencia el letrado cae en la tentación del conflicto y la provocación, en la pretensión de generar incidentes o de angustiar a la contraparte, empleando artificios o artimañas para litigar. Por ello los sistemas procesales modernos buscan infundir mediante normas legales, la lealtad entre las partes, de modo que no busquen sorprender a su contendiente y que, por el contrario, conduzcan sus actuaciones en un plano de diafanidad.

Este principio es vital también para la aplicación de otros principios como el de contradicción el cual no podría ejercerse si el propio sistema procesal no garantizara que uno de los litigantes tenga acceso a conocer oportunamente en forma y fondo respecto de las actuaciones de su contraparte, para replicarlas o contradecirlas, de manera que ninguno de ellos aproveche maliciosamente del desconocimiento de una actuación realizada por su contendiente.

En tal medida, la lealtad procesal se erige como uno de los principios rectores del Derecho Procesal en general y del Derecho Procesal del Trabajo en particular.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se puede advertir que en materia de aplicación de los principios procesales, son muchas las coincidencias entre los sistemas procesales laborales de los dos países y que aquello se extiende también rápidamente a otras naciones del orbe, puesto que radican en instituciones que tienen ya un carácter global lo cual, además, constituye un elemento crucial para el fortalecimiento del Derecho Procesal del Trabajo como una disciplina autónoma del Derecho.

PROCESO MODERNO, PRINCIPIOS VÁLIDOS, INSPECCIÓN MODERNA

MARIO PASCO LIZÁRRAGA[1]

I. INTRODUCCIÓN

De los temas que ocuparon la vida profesional de nuestro homenajeado, quizás el que con mayor nitidez destacó durante las últimas décadas fue el de la solución de los conflictos laborales y, específicamente, el del proceso judicial laboral.

No solo en su servicio público, sino también en su actuación académica y gremial, el Dr. Pasco Cosmópolis centró mucha de su reflexión jurídica en cómo mejorar el litigio. Fruto de tales esfuerzos –en conjunto con los de un sinnúmero de otros profesionales– fue, naturalmente, la dación de la nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497 (NLPT).

Nos es a todos evidente, empero, que la NLPT no era un fin, sino tan solo un comienzo, el inicio de una cadena de esfuerzos, que continúan al día de hoy, para acercarnos a la meta real, cual es contar con un sistema eficiente y racional de determinación de los derechos laborales en nuestro país.

La NLPT es ambiciosa. Propugna cambiar de raíz el orden establecido en materia de disputas judiciales. Sin embargo, una comparación de los principios sobre los que se funda, con aquellos en que se fundaba su predecesora, la Ley Nº 26636, nos arroja mucho menos diferencias de los que uno hubiera esperado.

(1) Abogado por la PUCP. Miembro de la SPDTSS. Socio de Rodrigo Elías & Medrano Abogados.

Esta aparente incongruencia –cambiar radicalmente algo pero con y desde bases conceptuales parcialmente similares– en realidad no lo es.

La NLPT no pretende sustituir todos los principios, sino posibilitar los mecanismos a través de los cuales debe lograrse la consecución de aquellos.

Es, por lo tanto, una vez más, una reforma o modificación de medios. Su éxito no podrá ser medido en la tranquilidad del gabinete o a través de la satisfacción que produciría en el legislador la verificación de que su congruencia lógica interna es impecable. El triunfo o fracaso estará plasmado en que las discusiones entre trabajadores y empleados se resuelvan mejor, de modo más justo y más rápidamente, o no.

Era nuestro homenajeado quien tenía más clara esta situación. Siempre planteó la necesidad de la reforma como necesaria porque la realidad (en oposición a, pero sin perjuicio de, la academia) la exigía, y solo habría admitido como resultado positivo la modificación de los resultados concretos y verdaderos que las personas reales y físicas encontraran al momento en que tuvieran que litigar: ¿cuánto tiempo tomó el juicio?, ¿cuán cercano a la realidad estuvo el fallo?, ¿cobró o no el vencedor?

En nuestro breve ensayo, intentaremos detectar algunos de esos aspectos prácticos, pero apreciándolos desde los principios que los fundaron, y esbozar una verificación muy personal, basada tan solo en experiencias propias, de si en efecto han tenido consecuencias sobre las personas.

Siempre en el mismo afán, empero, intentaremos extrapolar algunas de dichas ideas hacia un ámbito tan o más complicado que el de los procesos judiciales, cual es el de la inspección de trabajo.

Sospechamos que a estas alturas la labor inspectiva puede tener algo que tomar o aprender de lo vivido en el ámbito laboral.

Porque aprovechar lo bueno de una experiencia para mejorar todo lo que se pueda dentro de la misma, pero también en otros ámbitos con los que pueda haber algún tipo de conexión, es el tipo de ejercicio que le hubiera gustado a Mario Pasco Cosmópolis.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL EN LA NUEVA LEY GENERAL DEL TRABAJO

El listado es ya conocido. El artículo I del Título Preliminar de la NLPT detecta y consagra como principios del proceso laboral los de "inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad".

Hemos adelantado ya cómo ellos no constituían mayor novedad en relación con la derogada Ley Nº 26636, el artículo I de cuyo Título Preliminar también aludía a "inmediación, concentración, celeridad y veracidad", con el agregado en el mismo artículo en cuanto a que "el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El juez podrá reducir su número sin afectar la obligatoriedad de los actos que aseguren el debido proceso. / El juez dirige e impulsa el proceso para lograr una pronta y eficaz solución de las controversias que conoce", vale decir un doble énfasis en la concentración y la celeridad, tan cercanos precisamente a la economía procesal.

Todos esos principios, como su denominación misma implica, apuntan hacia la consecución de las finalidades que ya hemos adelantado. Sin embargo, las sucesivas normas lo hicieron por caminos distintos, y tratándose de la Ley Nº 26636, en varios casos con escaso éxito real.

La **inmediación**, conforme explica Gómez Valdez, determina que "el proceso se lleva necesariamente delante del juez, quien presidirá las audiencias, interrogará a las partes y terceros (testigos, peritos, tenedores de documentos, auxiliares de justicia, etc.) y escuchará los alegatos de estos. La inmediación es una calidad de lo inmediato y un deseo noble de una correcta administración de justicia, ya que el juez estará siempre al lado y no apartado de quienes le reclaman"(2).

En la Ley Nº 26626, cabía asumir que el principio estaba siendo respetado, en tanto que el juez era quien llevaba a cabo personalmente las audiencias. La posibilidad de que los procesos quedaran sin sentenciar durante muchos meses, empero, llevaba en múltiples casos a que la sentencia fuera dictada por un sucesor, quien jamás había estado en contacto con la partes o sus discusiones.

Gamarra Vílchez describe, en relación con la **concentración** y la **celeridad** procesal, como la primera de ellas "está directamente referida a los sujetos del proceso y la recepción de la prueba"(3), mientras que la segunda alude a "los actos procesales que deben realizarse en el juicio"(4). En ambos casos, empero, el propósito es que "el juicio laboral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes su defensa

(2) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497). Análisis secuencial y docrinario*. Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 42.

(3) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. "El Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores, Lima, noviembre de 2011, p. 154.

(4) Ídem.

y conclusiones sobre ella, delibera el juez y se dicta sentencia"[5]. Los problemas que en este ámbito mostraba el sistema tradicional son también harto conocidos. Si los testigos iban siendo llamados a lo largo de varios meses, si las pericias tomaban medio año o más antes de ser observadas para retornar a revisión por el perito, todo ello en base a correspondencia, difícilmente podía pensarse que la práctica respaldaba el enunciado.

En forma similar, pero tratándose de la **economía procesal**, expone Toledo Toribio, "el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran"[6].

Bien podríamos decir, nuevamente, que los esfuerzos que la norma previamente vigente y la NLPT, no discurrían por caminos marcadamente distintos **en el papel**, más sí en los hechos; recordemos sino la característica (aunque falaz) "audiencia única" del proceso antiguo, o los 15 días que concedía al juez el artículo 62 de la Ley Nº 26636 para dictar sentencia, una vez concluida la actuación de pruebas, los mismos que tantas veces se convirtieron en mucho más de 15 meses.

En lo que se refiere a la **veracidad**, describe también Toledo Toribio que "el proceso laboral no se conforma con la verdad aparente, formal, la que fluye únicamente de los documentos, sino que busca la verdad absoluta, la realidad de los hechos"[7]. Agrega, además, que no es este principio sino "el correlato del principio de la **primacía de la realidad**"[8].

También existente en la normativa previa y posterior a la reforma, es nuevamente debatible que la primera de ellas lograra consagrarlo, más allá de la declaración. Nada más simple para un litigante que no desea afrontar verdades que no le convienen, que escudarse tras papeles y escritos preparados por un abogado.

Una y otra vez, entonces, nos encontrábamos con la adopción de principios pero sin un correlato real.

El corte, el cambio fundamental, la llave a través de la cual la NLPT intenta hacer la ruptura con el estatus quo y lograr un mejor cumplimiento de todos ellos, es precisamente el diferenciador entre los listados de principios de las dos normas, cual es el de **oralidad**.

(5) Idem.

(6) TOLEDO TORIBIO, Omar. *Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497.* Grijley, Lima, 2011, p. 99.

(7) Ibídem, p. 75.

(8) Ídem.

No nos equivoquemos, el alma de la NLPT, su rasgo definitorio no puede ser otro que el de la oralidad como principio.

Lo anunció el propio Pasco Cosmópolis: no se trata de "un simple atributo o peculiaridad, sino un carácter que cimenta y califica todo un sistema procesal. Los sistemas suelen ser calificados en dos grandes tipos: oral o escrito. Cuando la oralidad es acogida, pasa a ser el rasgo dominante, el elemento nuclear, la clave definitoria del proceso"[9].

No solo eso, sino que la oralidad se constituye en una especie de piedra angular para la concreción de los atributos que soportan a su vez otros principios. El mismo Pasco Cosmópolis agrega: "La oralidad exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: inmediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más, al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad[10]".

III. EXCELENTES INTENCIONES … QUE DE POCO SERVÍAN

La oralidad debe ser tal que funcione, dado que "la falsa oralidad es peor que la escrituración y como sistema –o quizás sea mejor decir, como método– es en realidad un engorro y no una solución"[11].

Si el investigador introduce el texto completo de la Ley Nº 26636 a un procesador de palabras, y utiliza la herramienta de búsqueda, llegará a dos conclusiones. La primera es que el vocablo "oral" forma parte de "laboral", con lo que aquella arroja un número muy alto de falsos aciertos. La segunda es que esa Ley Nº 26636, en efecto, no aludía a la oralidad como fundamento o siquiera como rasgo del proceso laboral; simplemente no la mencionaba.

Podría haberlo hecho, empero. Nada habría impedido que se incorporara la obligación del juez de dar prevalencia al acontecimiento por sobre su formalidad, o fórmula similar.

(9) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Presentación de la reforma laboral (Discurso de inauguración)*. II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, p. 20.

(10) Ídem.

(11) Ídem.

Pero no habría servido de nada, pues la verdad es que en ese momento (1996) habría sido extremadamente complicado implantar un sistema de litigio oral en nuestro país. La mejor de las intenciones se habría estrellado con la dura realidad de la dificultad práctica y, como hemos dicho ya, los principios en el papel de poco sirven si no trascienden hacia nuestras vidas.

La explicación nuevamente la presenta Pasco Cosmópolis: "dos son los pilares de la NLPT en lo que a los medios utilizados se refiere: la litigación oral y el uso intensivo de la tecnología"[12], y agrega, en cuanto a la segunda, los ámbitos en que haría la diferencia: (i) Notificaciones, (ii) filmación de las actuaciones, (iii) jurisprudencia clasificada, (iv) expediente electrónico (como aspiración)[13].

Los medios modernos de registro de información y comunicación de la misma, en efecto, significan toda la diferencia entre la posibilidad o imposibilidad de oralizar al máximo la litigación. Pero también abren un inmenso espacio de posibles mejoras en todo cuanto involucra un proceso judicial.

A estas alturas vemos remoto que prospere alguna postura que propugne el retorno a las formas antiguas. Es cierto que existen mejoras que resultarían muy bienvenidas[14], pero se trataría de eso, de ajustes a un sistema que se viene demostrando como más eficaz.

La oralidad llegó y debiera quedarse, pues en el balance, y con todos los problemas que subsisten, es un esquema en el que se litiga mejor, en el cual las partes tienen una mejor idea de por qué el juez ha fallado en su favor o en su contra, que ya es bastante.

IV. LA VERDADERA REFORMA

En realidad, si aterrizamos los conceptos jurídicos a los que nuestra pertenencia profesional nos arrastra casi inevitablemente, tendríamos que aceptar que el nuevo litigio laboral, el introducido por la NLPT, muestra como principal rasgo

(12) PASCO COSMOPÓLIS, Mario. "Objetivos, bases y medios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 99.

(13) PASCO COSMOPÓLIS, Mario. *Presentación de la Reforma Laboral*. Ob. cit., pp. 23-25.

(14) Véase: ELÍAS MANTERO, Fernando. "Necesidad de introducir algunas modificaciones a la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, p. 561 y ss.

de progreso general algo tan terrenal como la eliminación de una parte sustancial **del uso de papel**.

Para los litigantes, en efecto, tan notorio como tener que preparar mejor sus audiencias, es poder acceder a ellas, o a otras en las que actuó un colega, socio o contraparte, de modo total, sin traducciones, sin interpretaciones.

También lo es ser notificados en tiempo real con las resoluciones del Juzgado, y ciertamente también tener franquicia para conocer las resoluciones de las instancias superiores, o del Tribunal Constitucional, sin tener que acercarnos a la sede judicial, y ni siquiera a la oficina propia, pues el acceso está abierto desde cualquier teléfono.

Todo eso lo tenemos ya; la tecnología nos lo ha dado. Pero también, y esto es igualmente importante, esa misma tecnología, ya existente, podría mejorar y posibilitar muchos más avances que beneficien al proceso y a los justiciables. Así como recibimos notificaciones por correo electrónico, podríamos recibir informes periciales como hojas de cálculo, planillas como bases de datos, exhibiciones en forma de claves de acceso limitado a sistemas informáticos. La eliminación del papel que mencionábamos antes es una burda silueta de lo que en realidad puede hacerse y se viene haciendo en otros ámbitos; piénsese sino en cómo trabajan actualmente los médicos o los ingenieros, en comparación a como lo hacemos nosotros.

Las formas cambian todos los días, los medios progresan incesantemente; más rápido a veces de lo que podemos advertir. Baste para demostrarlo el siguiente recurso argumentativo, paradoja incluida: <http://goo.gl/oi2ksb>.

Las herramientas para perfeccionar los procesos ya están. Las usan muchos, mejor que nosotros, y la inversión en aquellas se recupera casi instantáneamente en tiempo, dinero y la confiabilidad que tales ahorros acarrean.

Simplemente, no terminamos de darnos cuenta.

V. INSPECCIONES MÁS EFICIENTES

Los cuestionamientos a la forma cómo viene operando el procedimiento inspectivo y los procedimientos sancionadores laborales son muchos y, más allá de excesos críticos, frecuentemente razonables.

Es cierto que el procedimiento inspectivo pareciera estar requiriendo también una revisión integral, que lo afine en su modo de operación, pero también, principalmente, en su enfoque de los aspectos más importantes o urgentes de la problemática laboral. Es esa una labor interna sobre la cual la tecnología también tendría que encontrar su rol.

Pero, para lo que nos ocupa y sin perjuicio de lo recién dicho, presentimos, como decíamos en nuestra introducción, que el procedimiento inspectivo ya tiene bastante que aprender y aprovechar del proceso judicial laboral de la NLPT.

Las mismas ventajas y los mismos avances que hemos estado alabando del proceso judicial, pueden también ser asumidos por la inspección.

Piénsese, simplemente, en la cantidad de tiempo que requiere el inspector en la actualidad, para volcar todo lo constatado a lo largo de múltiples actuaciones inspectivas, en la descripción de hechos constatados y posterior detección de infracciones legales o formales.

A estas alturas, toda esa traducción a palabras de lo que finalmente son: (a) hechos, situaciones, y (b) información numérica o matemática, recogida muchas veces, ya, en medios informáticos, podría ir dejándose de lado.

Una cualquiera de las varias multas que impone un inspector a lo largo de una semana es suficiente para financiar una cámara de video portátil de última generación. El almacenamiento de esa información visual y sonora, infinitamente más útil que su lírica traducción a lenguaje escrito, es cada día más barato y más confiable. Al día de hoy, cualquier supermercado de nuestra capital o de la mayor parte de las provincias vende en alrededor de S/. 15.00 un medio de almacenamiento suficiente para recoger 64 o más horas de video.

De igual modo, no encontramos motivo por el cual el sistema de notificaciones, de acceso a actuaciones y a expedientes, que viene aplicando progresivamente el Poder Judicial, no sea adoptado también por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil). O para que el intercambio de información entre el inspeccionado y la administración se lleve a cabo de modo remoto, sin necesidad de los repetidos traslados que actualmente generan los requerimientos de comparecencia.

Sunafil, cierto es, muestra un precoz interés por utilizar la tecnología. Su página web (en proceso de implementación) contendrá el listado e identificación de los inspectores de trabajo, la posibilidad de hacer seguimiento remoto a órdenes de inspección y a trámites documentarios, y similares.

Pero se puede hacer bastante más, de modo que el sistema como tal se vaya adaptando a –y aprovechando– las posibilidades tecnológicas que venimos comentando.

Resulta incomprensible que a estas alturas los inspectores de trabajo continúen requiriendo a los inspeccionados la entrega de boletas de pago y planillas en medios físicos (en discos compactos o, peor aún, impresas), siendo que toda la información de los últimos años (que son sobre los que operan casi todas las actuaciones inspectivas) está ya en poder del Estado porque los administrados se la hacen llegar –por vía remota, sin presencia, sin traslados, sin discusión – cada inicio de mes, a través del PDT 601.

Carece de toda lógica –y de base jurídica– que se cargue a las empresas con costos que no tendrían por qué existir, y que en escenarios frecuentes incluyen además, para peor, el requerimiento de que se procese la información en forma previa a su entrega.

No hay motivo, tampoco, para que en el sustanciamiento de los procedimientos inspectivos se continúe efectuando todas las notificaciones con base en esquelas físicas. El único actor de las relaciones laborales que no utiliza el correo electrónico o las firmas digitales para casi nada es el Estado. Ya no hay empresas o sindicatos que no utilicen correspondencia electrónica, que no utilicen y potencien su presencia en redes sociales, que no se comuniquen entre ellos, o enlacen sus equipos de trabajo o representación, mediante mensajería instantánea.

La introducción cautelosa de elementos de oralidad y, principalmente, de innovación tecnológica, en los procesos inspectivos, generaría de inicio varios de los beneficios que ya hemos estado presenciando en sede judicial.

Se produciría el ya alegado ahorro de tiempo y por consiguiente la posibilidad de dedicar los esfuerzos principales a lo que debiera ser la labor central del inspector, cual es apersonarse al lugar donde se producen los hechos y registrar esa realidad para que se produzcan los efectos jurídicos aplicables conforme a la normativa positiva.

Actas mediante formularios, y remisión a la constatación verbal (registrada en imagen y sonido) de los hechos, generarán un registro no solo más eficiente, sino infinitamente más confiable, menos refutable, que el actual. El beneficio para la Administración Pública en este sentido resultaría innegable.

Desde la perspectiva del inspector, se reforzaría el ya existente protagonismo que le concede la normativa en la labor inspectiva, en tanto que le correspondería, como instructor de la etapa de investigación, no solo llegar al lugar y

momento que la constatación requiera, sino también dejarla sentada en forma clara y, preferentemente, irrefutable.

Desde el punto de vista de los administrados, la mejora sería también sensible. Se tendría la seguridad de que la verdad –y no únicamente la interpretación o percepción de la misma por parte del inspector– estaría quedando registrada y almacenada, como garantía de que quienes resolverán la existencia o no de infracción tendrán que remitirse a la primera, no a la última.

El registro de imágenes tiene además, el beneficio ya perceptible en sede judicial, de que las personas solemos manejarnos en forma más comedida, respetuosa y eventualmente razonable, cuando nuestros actos están siendo grabados en video(15).

Reflexionando un paso más allá, ¿no debieran ser de aplicación al procedimiento inspectivo, gran parte de los principios o características del proceso laboral?

Pareciera que sí.

Entre los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, recogidos en el artículo 2 de la Ley General de Inspección del Trabajo Nº 28806(16), aparece como análogo a los del proceso judicial únicamente el de celeridad. Sin embargo, no vemos motivo por el que un proceso inspectivo no debiera proveer su servicio a la sociedad cubriendo requerimientos de inmediación, concentración, y, por sobre todo, veracidad.

Tampoco para que, en ese afán, se establezca mecanismos de oralidad.

No podríamos estar planteando, como resulta evidente, un sistema inspectivo cabalmente oral, en tanto que la noción del debate de partes sobre el que reposa la oralidad debiera ser ajena al campo inspectivo, que opera fundamentalmente en base a actuaciones de oficio de la autoridad, que a su vez es neutral e imparcial, no argumentativa o confrontacional.

Es cierto también que, tal como viene sucediendo en el proceso judicial, ni la oralidad ni la tecnología por sí solas solucionarán mágicamente los problemas. Quispe Montesinos lo exponía con suma claridad cuando explicaba que "se es injusto cuando se atribuye a una ley procesal, y al desempeño de los jueces en el marco de ella, la crítica situación de la justicia laboral. Tal enfoque simplifica

(15) Excepción hecha, claro está, de participantes de *reality shows* y de uno que otro político local.

(16) La norma lista los principios de legalidad, primacía de la realidad, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad a la normativa, probidad, sigilo profesional, honestidad, celeridad.

en demasía un problema que comprende también la forma de organización del servicio de impartición de justicia, la prioridad de la reforma laboral dentro de las políticas de estado, la conflictividad social, entre otros factores. La oralidad por sí misma no implica una sustancial mejora en la resolución de los conflictos jurídico laborales"[17].

Debe aceptarse, por último, que el registro visual o sonoro puede producir problemas de confidencialidad, tratándose por ejemplo de centros de trabajo en los que exista presencia de tecnología de avanzada o secretos industriales en general.

Pero nada hay en ello que no pueda ser manejado o superado. No nos cabe la duda de que el aligeramiento de solemnidades, y un mayor recurso a métodos que la tecnología ya permite, pueden suponer avances sensibles para la administración y operación inspectiva.

La imaginación, que tanto derrochamos los abogados cuando discutimos nuestros casos con una contraparte (o con un inspector), es el insumo principal de quienes están llevando a las sociedades hacia un futuro en el que las comunicaciones y el manejo de datos son cada vez más eficientes, rápidos al extremo del vértigo, y principalmente transparentes, accesibles, abiertos, pero también razonablemente seguros. Esa imaginación, que era uno de los atributos más notables de mi querido padre, es el factor que nunca debe ser dejado de lado cuando de la mejora de los procesos laborales en general, cualquiera sea su sede, se trate.

(17) QUISPE MONTESINOS, Carlos Alberto. *La oralidad como sustento de la reforma procesal laboral en el Perú*. Ponencia oficial presentada al V Congreso de la SPDTSS. Tendencias y Perspectivas Laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2012, p. 412.

EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

El primer paso a la formalización laboral del Estado

LUIGINO PILOTTO CARREÑO[1]

Para comenzar, debo manifestar que no es mi intención hacer un análisis pormenorizado de lo que es el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, pues este ha sido desarrollado en extenso, dentro de la comparativamente corta vida del mismo. Simplemente, mi meta es bastante más modesta, al buscar explicar cómo evolucionó dentro de nuestro ordenamiento, el tratamiento legislativo otorgado a un grupo de personas que ha brindado sus servicios al Estado peruano y cómo el criterio de un gran profesor en Derecho del Trabajo, a mi entender, comenzó un cambio que era indispensable, dentro del sistema laboral.

Antes de la dación de la Ley Nº 30057, Ley de Servicio Civil, un primer paso a la formalización laboral del Estado peruano, se dio con la aprobación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, hoy llamado simplemente CAS. Como es conocido por todos, con antelación a este acto, el Estado, tal vez con la finalidad de aparecer más pequeño de lo que era y dar la apariencia de reducir la abultada "burocracia" generada por distintos criterios poco técnicos, incentivó el uso de los contratos denominados contratos de "Servicios No Personales" o SNP.

Pero ¿qué era este contrato? Fue a través del Decreto Supremo Nº 065-85-PCM, Reglamento Único de Adquisiciones y Suministro de Bienes y Servicios

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil. Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad ESAN. Actualmente, jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

No Personales del Estado, por el que se creó, de manera excepcional, una vía por la cual el Estado podía contratar a personas para que realicen labores dependientes, utilizando la figura de la locación de servicios. Inclusive, este contrato fue definido por la Resolución Directoral Nº 007-99-EF-76.01, que aprobó el Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado, definiéndolo como aquel en el cual "*(...)* el locador de servicios se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina contrato de servicios no personales".

Según la fuente del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a diciembre de 2004, el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 (4 %) se encontraban contratados bajo el régimen de Servicios no Personales.

Inclusive, diversas entidades del Estado, a través de normas internas, determinaban que los SNP, debían cumplir con el horario de trabajo, realizar las prestaciones que se les indicasen utilizando los medios que para tal fin se le otorgaban. Es decir, en la práctica, nos encontrábamos ante verdaderos trabajadores, solamente que precarios, pues no gozaban de ninguno de los derechos laborales que la legislación otorgaba, por lo que carecían por completo de cualquier tipo de protección.

Diversa jurisprudencia se encargó de enderezar este entuerto, al señalar que este sistema era utilizado por el Estado para aparentar una supuesta relación contractual de tipo civil, cuando en esencia nos encontrábamos ante relaciones laborales escondidas.

Fue el Poder Judicial, el que aplicando el principio de Primacía de la Realidad, trató de enderezar las cosas, determinando, de manera expresa, que, en caso de duda entre lo que se establece en los documentos y lo que ocurre en la realidad, debemos preferir a esta última. Ya en el año 2000, a través de un Pleno Jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia determinaba que:

> "EL PLENO ACUERDA:
>
> **PRIMERO.** Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

> **SEGUNDO.** De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el Juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y o fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales, para los efectos pertinentes".

Esta posición se vio reforzada por diversas sentencias tanto del mismo Poder Judicial, como del Tribunal Constitucional que, en años posteriores, reafirmaron este principio. Este último, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 1944-2002-AA/TC, en su tercer fundamento, señalaba que:

> "(...) 3. En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa 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. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada".

Igual criterio lo encontramos en las sentencias recaídas en los Exps Nºs 2142-2003-AA/TC[2] y 03710-2005-PA/TC[3], las cuales también reconocen que el principio de primacía de la realidad, se encuentra implícito dentro de nuestro ordenamiento y, por lo tanto, en caso de existir discrepancias entre la documentación que se presenta y los hechos, primarán siempre estos últimos.

Estas sentencias revelaban un contexto por demás contrario a la esencia del Derecho del trabajo, el cual busca proteger los derechos de los trabajadores, al ser la parte más débil de la relación laboral. Siendo el Estado el llamado a defender dichos derechos, era **este el que imponía situacio**nes contrarias al mismo, obligando a diversos trabajadores a brindar sus servicios al mismo Estado, en condiciones de subempleo y de discriminación. Es decir, estas personas no gozaban

(2) "2. Conforme se desprende de las resoluciones expedidas por la Dirección Nacional del Instituto Nacional de Cultura y de los contratos de servicios no personales, obrantes de fojas 44 y 69 a 114 de autos, el recurrente laboró en forma ininterrumpida por más de un año, y desarrolló labores de naturaleza permanente en las áreas de limpieza y vigilancia del Museo Regional de Ica, adquiriendo la protección que establece el artículo 1 de la Ley Nº 24041".

(3) "4. Con relación al principio de primacía de la realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio "(...) 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" (f. j. 3 de la STC Exp. Nº 1944-2002-AA/TC)".

de ningún derecho laboral y tampoco podían percibir los beneficios previsionales que se les debían otorgar, por dicha prestación. No solo no tenían protección de los sistemas de inspección de trabajo, sino que no contaban con cobertura de salud, ni tampoco aportaban a un sistema pensionario, hecho que, evidentemente, los llevaba hacia un futuro incierto al momento que tuvieran la edad para gozar de una pensión.

Es en ese momento, que, en el año 2008, el doctor Mario Pasco Cosmópolis, en su calidad de ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, impulsa la dación del Decreto Legislativo Nº 1057, el primer paso en la dirección correcta para corregir esa distorsión que tanto daño generó a diversas personas durante más de dos **década**s. Cuando uno lee la exposición de motivos de la mencionada norma, se percata que el Estado ha reconocido la inadecuada utilización de la locación de servicios en las diversas entidades de gobierno como forma de captación de personal, hecho que vulneraba, de manera directa, los derechos fundamentales(4).

Sin embargo, como toda transición, esta se hizo, y se debe hacer, de manera paulatina. En un primer momento, este contrato administrativo de servicios tampoco tenía la naturaleza laboral, otorgándosele una categoría de contrato administrativo que no implicaba el reconocimiento de la condición de trabajadores a las personas que se encontraban sujetas a sus regulaciones. La misma exposición de motivos antes citada, señalaba de manera expresa que si bien los contratos de servicios no personales no se encontraban previstos dentro de ninguna categoría jurídica en nuestro ordenamiento, se señalaba que esta nueva forma de contratación era "sui géneris", enmarcada dentro del Derecho Administrativo peruano.

Dentro de este avanzar progresivo, el segundo paso importante en el mismo, se dio con la dación de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp. Nº 00002-2010-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo Nº 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

Es en esta sentencia en la que el Tribunal otorga al mencionado régimen dos categorías importantes, determina tanto su constitucionalidad y, por lo tanto, la validez de su aplicación como mecanismo para alcanzar el reconocimiento

(4) "No obstante la contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa –Decreto Legislativo Nº 276–, se ha venido produciendo en los últimos años a través de ña utilización de los contratos denominados de 'servicios no personales' y otras formas contractuales cuyo contenido no conlleva el goce efectivo de derechos fundamentales".

pleno de los derechos laborales a todos los trabajadores del Estado, así como también el otorgamiento de su condición de régimen laboral especial.

Es decir, ya no nos encontrábamos ante personas con un vínculo administrativo con ribetes de contrato civil, como lo fue el CAS en su primera etapa, sino ante un contrato laboral pero con derechos menores a los demás trabajadores del Estado. Esto resulta claro y evidente de los fundamentos 19 y 20 de la referida sentencia, los mismos que definen al CAS como:

> "19. Por ello, este Colegiado concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.
>
> 20. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que –más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo Nº 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios–, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo Nº 1057 son de naturaleza laboral. En todo caso, lo que corresponde determinar, ahora, es si estos contratos están vinculados a un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo".

Al ser este un nuevo régimen laboral, privativo solamente para su aplicación dentro de entidades del Estado, nos encontramos ante la posibilidad de su coexistencia con otros ya existentes y utilizados también por las instituciones de gobierno, como son el régimen laboral de la actividad pública, regido por las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, así como el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR.

Si bien es cierto, existen posiciones que consideran que debe protegerse a ultranza los derechos laborales de las personas comprendidas dentro del régimen CAS, por lo que su actual regulación resulta negativa para ellos y para el mismo

Estado, pues no solamente incrementa la cantidad de sistemas laborales que son aplicables dentro del mismo (recuerden que dentro del Estado existen otros regímenes especiales como el diplomático, el magisterial, el del Poder Judicial y el de los fiscales del Ministerio Público, entre otros muchos más) sino que también genera dentro de una misma Entidad, tratamientos laborales diferenciados por trabajos similares o de similar valor, contradiciendo así el principio de no discriminación contenido dentro de nuestra Constitución así como en el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a igualdad de remuneraciones, entre otras tantas disposiciones.

Todo ello puede ser cierto, pero vale preguntarse: ¿qué hubiera sucedido si no se contase con este sistema?; ¿continuaría aplicándose de manera irrestricta la contratación por servicios no personales, la cual no otorgaba ningún tipo de beneficio a los reales trabajadores? Bueno, creo que ciertamente, esta era la opción más real, por las siguientes consideraciones:

1. Para cubrir una plaza dentro del Estado, se requiere que esta se encuentre presupuestada y vacante, lo cual implica que exista. Mientras no se termine la migración hacia la Ley del Servicio Civil, tal aseveración implica que, para poder contratar personal, el puesto debe estar comprendido dentro del Cuadro de Asignación de Personal - CAP aprobado, el cual, por regla casi general (con excepción de los organismos constitucionalmente autónomos), para su modificación, requerían de informes previos de diversas instancias que podían tener injerencia en el mismo. Hoy por hoy, nos encontramos en un limbo particular, en el cual se aplica a unos pocos organismos del Estado, la posibilidad de aprobar un CAP provisional, dado que a la fecha, ya no es factible aprobar uno definitivo, al haber sido derogado el Decreto Supremo Nº 043-2004-PCM, por el reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobada por Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM[5].

2. El Estado sigue creciendo y cambiando, pues asume roles que antes no cumplía, sea a través de la creación de nuevas entidades (ministerios como los del Ambiente, el de Inclusión Social, entre

(5) DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA
ÚNICA.- Derogaciones
(…)
e) Derógase el Decreto Supremo Nº 043-2004-PCM - Normas para la formulación del Cuadro para la asignación de Personal - CAP.

otros; entidades como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), programas como Pensión 65, Qali Warma, Cuna Más, entre otras), sea por la asunción de mayores controles en entidades ya creadas como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria o la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, por poner algunos ejemplos; los cuales, como resulta lógico, requieren de personal nuevo que permita cubrir esas nuevas o mayores necesidades.

3. Todos los años, en la Ley de Presupuesto para el Sector Público, siempre se incluye un artículo que prohíbe no solamente el incremento de las remuneraciones de los trabajadores del Estado sino también el ingreso de personal nuevo(6).

En tal sentido, si tengo mayores obligaciones, mayor cobertura, quiero brindar un mejor servicio pero mi personal está al límite de sus facultades, ¿Qué me queda por hacer, dado que, legalmente, desde el punto de vista laboral ordinario, no puedo seguir captando más personal?, creo que la respuesta cae de madura, pues resulta por demás lógico que debo, por cualquier medio, contar con más personal, si deseo llegar a las metas que me he propuesto.

Claro, en algunos casos, nos encontraremos con entidades ineficientes que requieren, aparentemente, de más personal, pues no saben utilizar de manera adecuada sus recursos humanos o a estos, simplemente no les interesa brindar un mejor servicio, dado que dentro de su círculo de confort, igual percibirán su remuneración y al Estado le resultará bastante difícil el desprenderse de ellos, dada la alta protección con que cuentan ante el despido, por lo que, por unos cuantos, la fama inadecuada de "burócratas", caerá sobre todos aquellos que brindamos servicios dentro de las entidades en general.

Regresando a la evolución del régimen CAS y siguiendo el camino hacia la aplicación de un solo sistema laboral para todo el Estado peruano, el siguiente paso dado fue la dación de la Ley Nº 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo Nº 1057 y otorga derechos laborales.

(6) Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015
Ley Nº 30281
Artículo 8. Medidas en materia de personal
8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento…

Al momento de su discusión en el Congreso, se solicitaron opiniones de diversas personales, naturales y jurídicas, las cuales expresaron posiciones muy similares a las que hoy nos permitimos plantear. Así por ejemplo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Oficio Nº 0117-2011-MTPE/1.1, remite el Informe Nº 939-2011-MTPE/4/8, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, el cual concluye que si bien los que formularon el proyecto de ley están de acuerdo con que existe un tratamiento discriminatorio, el cual debe ser eliminado en plazos breves, a través de una reforma del régimen laboral aplicable al sector público nacional, la aprobación del entonces proyecto de ley, era un avance en la dirección correcta.

Igual criterio esboza la Defensoría del Pueblo cuando emite su opinión sobre el referido proyecto de ley (hoy Ley Nº 29849), a través del Informe N DP/AAE-2009-022, el cual recata como positivo, el reconocimiento de derechos laborales para el personal sujeto al CAS, pero también señala la necesidad de realizar cambios de manera progresiva, para lo cual sugiere la aprobación de un cronograma.

Asimismo, los doctores César Gonzales Hunt, Pedro Morales Corrales y Javier Neves Mujica, en su calidad de miembros del Comité Consultivo de la Comisión de Trabajo, concluyeron que es un avance respecto del tratamiento otorgado previamente, pero no es la situación ideal, por lo que se debe pensar en la aprobación de un régimen laboral único para el Estado peruano, que elimine estas distorsiones para los trajadores que le prestan servicios.

Por las consideraciones antes indicadas, el régimen CAS, siguió creciendo. Si recordamos, el MEF, en el año 2004, determinaba que el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 eran SNP, en el 2011, fecha de aprobación de esta Ley, del total de la planilla del Estado (1'570,434 personas), 84,238, se encontraban bajo el régimen CAS, es decir, un incremento de 37.29 % en un periodo de siete años.

En el año 2012, el entonces ministro de Trabajo, José Villena, señalaba al diario *El Comercio* que no había una cifra oficial **de trabajadores públicos, por lo que se desconocía su número total**. Sin embargo, manifestaba que, según sus cálculos, habría un millón 300 mil servidores en los gobiernos nacional y regionales, de los cuales el 46 % estaba en el régimen CAS, 35 % en el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 y 19 % en el del Decreto Legislativo Nº 728[7].

(7) Diario *El Comercio* Sección Portafolio. Miércoles 18 de enero de 2012.

Esta última estadística, aunque algo imprecisa, me permite concluir que bajo el CAS estaban a esa fecha, cuando menos unas 500,000 personas aproximadamente, a nivel nacional; cifra nada pequeña y que debe, necesariamente, ser llevada hacia un régimen de mayor protección y reconocimiento de sus beneficios laborales. Consideramos que ese camino se está llevando a cabo, de manera lenta pero continua.

Es cierto, no es la mejor de las soluciones, no podemos decir que hemos llegado a la meta, pero lo que debemos considerar es que hemos avanzado bastante, en relativamente corto tiempo, desde la situación preliminar, presentada hasta el año 2008, con aquella que se generó a partir de la dación del Decreto Legislativo Nº 1057, norma que rompió con más de 20 años de un tratamiento inadecuado, por decir lo mínimo, de un grupo importante de personas que brindaban sus servicios al Estado. Es decir, los antiguos SNP, en siete años, lograron más beneficios que en los veinte años anteriores. Ciertamente, debemos reconocer que es un avance.

Considero que, la entrada en vigencia de la Ley de Servicio Civil, con todos los argumentos a favor y en contra que se están plasmando, significará un paso muy grande para esas personas que no tenían beneficio alguno y que, cuando ingresen a ese nuevo sistema laboral, habrán concluido un largo sendero que abre para ellos o para las personas que quieran trabajar en el Estado, un nuevo destino, marcado por el reconocimiento real de sus derechos laborales.

Todo este andar se lo debemos a alguien que dio ese primer y difícil paso cuando tuvo la capacidad de hacerlo, quien poseyó el coraje necesario para darlo y enfrentarse a críticas, internas y externas, es decir, de dentro y de fuera del Gobierno, quien, como laboralista que fue, debió realizar concesiones para comenzar a caminar por este sendero que hoy comentamos y que conduce a los antiguos SNP, hoy CAS, hacia el reconocimiento total de esos beneficios laborales tan anhelados. Nos referimos a nuestro siempre presente amigo y maestro, el doctor Mario Pasco Cosmópolis.

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL Y LA SUBCONTRATACIÓN

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS[1]

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón del advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por estar a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de *stock* de productos o que aglutinen internamente no solo su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar. Se presenta un cambio de paradigma organizacional en el cual surge el "adelgazamiento" empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Es evidente el cambio en la noción de competitividad empresarial dado el posicionamiento de la calidad y diferenciación en los productos y servicios como elementos claves de la misma[2]. Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización.

Este fenómeno descentralizador o externalizador, ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos

(1) Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente en la Universidad ESAN y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Cfr. CORIAT, Benjamín. *Los desafíos de la competitividad*. Asociación Trabajo y Sociedad, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994, pp. 38-40.

de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial[3].

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes y negativas, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende, en la creación de "trabajadores de segunda categoría" que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función de sus mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa, estos últimos ubicados con menores posibilidades de acceso a derechos laborales.

Es pues claro, que uno de los derechos más afectados por la subcontratación es la estabilidad en el empleo, tanto en su vertiente de entrada (preferencia por la contratación indefinida) como de salida (necesidad de causa justa para habilitar la desvinculación del personal). Se conoce que las empresas que son subcontratadas para prestar un servicio o ejecutar una determinada obra incorporan al personal en forma temporal (contratos de duración determinada), con la finalidad de contar con un margen de flexibilidad y poder cesarlo cuando culmine el contrato con la empresa principal (cliente) o cuando esta solicita el cambio de trabajador. Esta situación genera que el derecho a la estabilidad laboral se encuentre sujeto a la voluntad mercantil de las empresas involucradas con lo que el trabajo del personal asignado a la subcontratación se equipara a una simple mercancía, a un mero anexo (accesorio) al contrato inter empresarial.

La afectación a la estabilidad laboral también se evidencia en el personal de la empresa usuaria o cliente (principal), pues muchas veces se decide cerrar áreas en la misma para su tercerización lo cual genera que los trabajadores que laboraban en estas sean cesados y no en todos los casos recontratados con similares condiciones laborales por la subcontratista.

Lamentablemente, nuestro legislador ha prestado una atención mínima a este gran impacto en la estabilidad laboral[4], así como a otros efectos naturales de la subcontratación como los que se producen en las relaciones colectivas de trabajo y que, sin duda, poseen una gran implicancia en las condiciones de contratación del personal.

Dicha implicancia en la estabilidad laboral motiva que consideremos relevante analizar los efectos de la subcontratación en la estabilidad laboral de salida en

(3) Cf. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*.

(4) Decimos "mínima" pues a través del Decreto Supremo Nº 020-2007-TR se establecieron algunas "garantías de derechos laborales" que, si se analizan con detalle no pasaban de constituir una mera repetición de mecanismos de tutela previstos en forma limitada en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

la presente investigación elaborada en homenaje al maestro Mario Pasco Cosmópolis, eximio laboralista, quien dedicó muchas páginas de su cuantiosa producción doctrinaria al estudio de la estabilidad laboral.

II. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD LABORAL

En este punto analizaremos el efecto en los contratos de trabajo del personal de la empresa principal de la decisión de esta de externalizar la actividad en la cual trabajan, así como las consecuencias que puede tener la sustitución de subcontratistas o cuando la actividad subcontratada retorna al empresario principal quien la asume nuevamente.

Para entender adecuadamente cómo pueden afrontarse dichas situaciones desde el Derecho del Trabajo, conviene reflexionar previamente sobre las implicancias laborales de la sucesión o subrogación empresarial.

Al respecto, Plá señala que el cambio de los protagonistas del contrato es una característica del mismo (novación subjetiva)(5), la cual evidentemente no se refiere al trabajador "ya que su posición es incanjeable por el carácter personalísimo de la prestación, sino al empleador. Pues bien, esos cambios en la persona del empleador no suponen la terminación del contrato. Este continúa a pesar de esa sustitución"(6).

Alonso Olea(7), citando al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores de España(8) afirma que, el cambio del empresario no produce la extinción de los contratos de trabajo ni, salvo la novación subjetiva, lo modifica.

(5) PLÁ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 267.

(6) Ibídem, p. 268

(7) Cf. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 393.

(8) Norma que regula expresamente la sucesión empresarial señalando que:

"Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (...)".

Delimitación del supuesto de sustitución empresarial

En línea de lo señalado por Alonso Olea[9], el fenómeno de la continuidad de las relaciones laborales frente a una sustitución del empleador opera respecto a la integridad de la empresa o de un centro de trabajo, identificado tanto localmente como en su acepción de organización. La acepción "centro de trabajo" debe ser entendida con gran amplitud, comprendiendo "servicios y actividades parciales", "centro de explotación", "unidad de negocios", etc. Así por ejemplo, si una empresa externaliza su área contable ("unidad de negocios") y esta es asumida por otra empresa, operará la sustitución del empleador, debiéndose respetar la continuidad de las relaciones laborales del personal perteneciente a dicha área.

Martín Valverde y otros[10], a propósito del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores de España[11], indican que el supuesto de la continuidad de la relación laboral frente a una sustitución del empleador comprende a la venta de empresa, adquisición en subasta pública de una empresa en funcionamiento, así como los casos en que no se produce cambio en la titularidad patrimonial sino en la titularidad de la explotación, como el arrendamiento de industria, arrendamiento de negocio y su posterior reversión al arrendador, finalización de la concesión administrativa con continuidad de la actividad por el ente público que la realizó, fusiones y absorciones de sociedades, entre otras. En nuestra opinión comprenderá también la externalización de una actividad empresarial por parte de su titular (empresa principal), la sucesión de subcontratistas y e inclusive la reversión de la actividad al anterior titular.

En lo que se refiere al objeto de la transmisión, el mismo no necesariamente comprende a la totalidad de la empresa como unidad, pudiendo consistir en una transmisión parcial. Es importante, a decir de Martín Valverde[12], que lo que se transmita sea susceptible de una explotación económica independiente capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado[13], no lo es por ejemplo, la enajenación por separado de diversos elementos de la empresa a distintas personas[14], la venta de

(9) Ídem.

(10) Cf. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTÍERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 659.

(11) Ver nota 43.

(12) Ibídem, p. 661.

(13) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 27 de octubre de 1994.

(14) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 3 de marzo de 1983.

una parte de los bienes de la empresa pero sin organización empresarial propiamente dicha[15] o el desahucio de un simple local del negocio[16].

En ese sentido, no nos encontraremos ante una sustitución empresarial que justifique la continuidad de los trabajadores involucrados si se transfieren bienes individuales que no involucren mano de obra ligada a los mismos, como por ejemplo el caso de una maquinaria que no implique la realización de un proceso productivo.

Si nos detenemos por un momento a analizar la externalización de actividades bajo el marco de lo señalado hasta aquí podremos considerar que, al tratarse de una actividad susceptible de explotación económica, y así únicamente comprenda mano de obra, nos encontraremos ante un supuesto de sustitución o subrogación empresarial en el que, al no existir normativa en nuestro país, operará el principio de continuidad como criterio orientador hacia el respeto al mantenimiento de idénticas condiciones de trabajo en el nuevo empresario por parte de los trabajadores también externalizados con la actividad específica. La lógica de este punto consiste, en términos sencillos, que el personal sigue a la actividad transferida, en las mismas condiciones en que fue contratado por su antiguo empleador.

El segundo supuesto relativo a la sustitución de subcontratistas puede presentarse, por ejemplo, cuando una empresa principal que había contratado a otra que le prestaba servicios de promoción cambia de subcontratista. En tanto este nuevo subcontratista asume la unidad de negocio susceptible de ser explotada en forma autónoma debería operar una subrogación empresarial y, por ende, el traspaso del personal que realizaba la referida actividad del antiguo al nuevo subcontratista. Esta medida tendrá por efecto que las relaciones laborales del personal se mantengan sin solución de continuidad en el nuevo subcontratista, protegiéndose al trabajador de un despido inminente dada su contratación seguramente temporal.

El tercer planteamiento apunta a una situación inversa a la primera, y hasta ahora poco usual, que el empresario principal advierta la necesidad de retomar la actividad en forma directa y que por ende decida que la misma revierta hacia él. Este supuesto es similar al primero, se retoma a una línea de negocio o unidad económica susceptible de ser explotada en forma autónoma, la cual retorna a la empresa principal. Lo propio consiste en que los trabajadores se reincorporen a la misma, manteniendo idénticas condiciones de trabajo.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 29 de marzo de 1985.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 13 de junio de 1985.

En todo caso, el análisis de la aplicabilidad del principio de continuidad frente a una sustitución empresarial en los supuestos mencionados anteriormente (externalización de actividades, cambio de subcontratista o reversión de actividad externalizada a la empresa principal) deberá realizarse casuísticamente, atendiendo a las circunstancias de la operación concreta.

En cuanto a la regulación de la sustitución empresarial en nuestro ordenamiento, es interesante comentar que la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, Reglamento de la Ley Nº 4916 (Ley del Empleado), en su artículo 49, establecía expresamente que "(...) en el caso de venta, fusión de negocios, traspaso o cambio de giro del negocio, conservarán los empleados todos los derechos que la ley acuerda y no podrán ser despedidos sino con el aviso anticipado y con las indemnizaciones y beneficios establecidos en la ley. Si los empleados permanecieran al servicio del nuevo principal, este tomará en cuenta el tiempo de servicios devengados para su oportunidad (...)".

La Resolución del Tribunal de Trabajo del 24 de setiembre de 1985, con relación a la citada norma, señaló que debe tenerse en cuenta que el traspaso de negocio no se presume, y debe probarse expresamente aún cuando exista un negocio similar al que se conducía anteriormente en el mismo local[17].

En consecuencia, el supuesto de la sucesión empresarial regulada por el artículo 49 antes citado, preveía no solo que los trabajadores continuarían conservando todos los derechos que la ley les acuerda, sino que en caso de despido el nuevo empleador tendría que reconocerles el pago de las indemnizaciones (compensación por tiempo de servicios), estableciéndose de manera taxativa que si los empleados permanecían al servicio del nuevo empleador, este debía tomar en cuenta el tiempo de servicios devengados para su oportunidad.

Nótese que el artículo 69 del dispositivo en mención estableció que: "En caso de fusión de negocios o de transferencias de negocios de un principal a otro, el nuevo patrón calculará para los efectos de la ley, como servicios ininterrumpidos del empleado los años de servicios prestados al antiguo principal". Así, este dispositivo enfatiza el reconocimiento por el nuevo empleador del tiempo de servicios acumulado por el trabajador a su anterior empleador.

Con la entrada en rigor de la Ley Nº 26513 el 29 de julio de 1995 quedó derogada la Ley Nº 4916 así como sus normas modificatorias y complementarias antes mencionadas, por lo que a partir de entonces no existe regulación sobre las

(17) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Nº 272, H & M Ediciones y Servicios S.A., Lima, 1997, p. 336.

consecuencias laborales en los casos de venta, fusión, traspaso, cambio de giro del negocio y figuras similares[18].

Sin embargo, consideramos que el principio de continuidad, es válido cuando se producen estas figuras, puesto que tratándose de un principio del Derecho, no requiere su plasmación normativa para ser perfectamente aplicable. Por mandato de la norma VIII del Título Preliminar del Código Civil, nuestra opinión es que el principio de continuidad será aplicable al actual vacío normativo dejado tras la derogación de las normas que recogían la aplicación del referido principio para los casos de venta y traspaso, fusión, cambio de giro del negocio y figuras análogas.

IIII. SUJECIÓN DE LA CONTINUIDAD LABORAL A LA MERA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Como es conocido, la temporalización de las relaciones laborales basada en la "transitoriedad" del encargo que el subcontratista recibe de la empresa principal, precariza la relación de empleo del personal asignado a esta última por la primera, pues su estabilidad en el empleo queda sujeta a la mera voluntad comercial de las empresas contratantes. Indicamos también, que nos adscribíamos a la posición doctrinaria que aboga por la contratación indeterminada de dichos trabajadores en tanto la empleadora no puede trasladarles los riesgos que como tal le corresponde asumir.

(18) El Anteproyecto de Ley General de Trabajo plantea la regulación de estos supuestos en sus artículos 9 y 10 que pasamos a citar:

"**Artículo 9.-** Reorganización de la empresa o sustitución del empleador

Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados.

Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados.

Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Éstos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio.

Artículo 10.- Efectos laborales de la transmisión de empresa

En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso.

Ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución".

Además de la anterior, existe otra clara transferencia de riesgos a los trabajadores de la subcontratista que supone la ruptura del principio de ajenidad así como una clara afectación a la estabilidad en el empleo, nos referimos a la terminación de un contrato temporal, puntualmente el de obra determinada o servicio, por el que fue contratado el personal de la subcontratista, en razón de que la empresa principal resuelve el contrato celebrado con esta o le solicita el "cese del destaque" del trabajador. Dicha terminación se fundamenta en el artículo 16 literal c) del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, norma que aprueba la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que contempla como causa de extinción del contrato de trabajo al cumplimiento de la condición resolutoria en los contratos temporales.

Esta condición es plasmada en los contratos a plazo fijo del personal de la subcontratista señalando que los mismos culminarán si es que la empresa principal comunica la resolución del contrato de obra o servicio celebrado con la subcontratista, el cual generó la necesidad de contratar a un determinado trabajador, o si solicita el cambio de trabajador destacado.

A nuestro entender, esta aplicación de la "condición resolutoria" en el contrato de trabajo temporal es sumamente cuestionable, como lo demostraremos seguidamente:

(i) La condición resolutoria, de acuerdo a la doctrina, consiste en el acontecimiento futuro e incierto del cual por voluntad de las partes dependen los efectos del negocio jurídico[19]. "De su cumplimiento depende (...) la cesación de los efectos del negocio (...)"[20].

León Barandiarán señala que "el acto es condicional cuando sus efectos están subordinados a un acontecimiento futuro e incierto. Supone, pues, una circunstancialidad contingente (...) en la producción de los efectos legales de la declaración (...)"[21].

Son tres los caracteres de la condición, que el hecho en que consista la condición sea futuro, que el hecho sea incierto y arbitrariamente establecido[22].

(19) Cf. SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 634.

(20) ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 240.

(21) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano*. Ediar Editores, 1954, Buenos Aires, p. 221.

(22) Ibídem, p. 221 y ss.

En cuanto al hecho incierto Díez-Picazo afirma que la incertidumbre no es subjetiva sino que debe revestir un carácter objetivo[23]. Esto supone no solamente desconocimiento del agente del hecho sino de una falta de conocimiento general derivada del propio evento.

Aníbal Torres afirma que "en su acepción objetiva la incertidumbre no depende del conocimiento o desconocimiento del agente, sino de la misma naturaleza del evento pues como condición: el evento es de **realización insegura para todos**. En su noción subjetiva el cumplimiento de la condición es inseguro para los otorgantes del acto (…) lo que se requiere no es una incerteza subjetiva, sino objetiva, referida al evento en sí considerado y no al conocimiento que puedan tener las partes (…)"[24] (énfasis nuestro).

Aplicando la definición a la "condición resolutoria" utilizada por las subcontratistas, consideramos que no existe incertidumbre de la prerrogativa de la empresa principal de resolver el contrato de obra o servicio que las vincula pues es usual que en dichos contratos se pacte una cláusula resolutoria unilateral fijándose un preaviso su aplicación. Entonces, si el subcontratista conoce que su cliente puede resolverle en cualquier momento el contrato, no se presentará el requisito de incertidumbre. Distinto es el caso en que el cliente no se reserve dicha prerrogativa en el contrato y sin aviso previo decida resolver unilateralmente el mismo. En este caso existiría incertidumbre o falta de conocimiento de dicha posibilidad en tanto la principal carece de la mencionada prerrogativa.

Un similar razonamiento es aplicable en el llamado "cese de destaque" pues ocurre con frecuencia que en el contrato entre las partes se acuerde que cualquier trabajador destacado por la subcontratista será cambiado a solicitud del cliente. Lo propio en este escenario consistiría en que la empresa subcontratista reubique al trabajador en otro cliente salvo que el pedido obedezca a la comisión de falta grave por aquel, estando en ese caso absolutamente justificado su despido.

En esa medida podremos advertir que la incertidumbre no se presenta de manera subjetiva pues el evento (terminación del contrato

(23) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las relaciones obligatorias. Volumen II, Civitas, Madrid, 1996, p. 349.

(24) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Editorial San Marcos, 1998, pp. 371-372.

de servicios u obra por parte de la empresa principal, o "cese del destaque") solamente es inseguro, desconocido o ignorado[25]para el trabajador firmante pero no para su empleador quien, en forma bastante flexible, otorgó a su cliente la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, o solicitar el cambio del trabajador, bastando un preaviso para ello.

(ii) Inclusive, así los hechos anotados califiquen como inciertos, opinamos que la condición resolutoria en el escenario descrito resulta inaplicable. Ello en razón de que dicha medida supondría sujetar el derecho a la estabilidad en el empleo del personal de la subcontratista a la voluntad unilateral de la empresa principal, situación vedada por nuestro ordenamiento pues, no es procedente cesar unilateralmente a un trabajador si no existe causa justa para ello. Aplicando esta afirmación propia de una relación jurídica laboral bilateral a una trilateral, podemos afirmar que así como el empleador directo no puede cesar por su voluntad a sus trabajadores, salvo que medie causa justa, el empleador indirecto (empresa principal) tampoco puede hacerlo.

Entonces, podemos afirmar que la permisividad de esta modalidad de cese vaciaría de contenido al derecho a la estabilidad laboral (de salida).

Por otro lado, se estaría quebrando al principio de ajenidad en los riesgos propio de las relaciones laborales. Recordemos que al ser la deuda contractual del trabajador de actividad y no de resultado, la misma es independiente de los beneficios y los riesgos que pueda generar la actividad laboral.

Sin embargo, trasladar al trabajador el riesgo de la terminación anticipada del contrato celebrado entre la subcontratista y la empresa principal por decisión de esta última o su decisión de cambiar de trabajador, supondrá quebrar un principio elemental del Derecho del Trabajo. Debemos advertir que en ambos casos se trata de riesgos derivados del contrato mercantil entre las empresas, pues en el primer caso puede ocurrir que el cliente decida por "razones estratégicas" (totalmente subjetivas) resolver el contrato de servicios u

(25) Definiciones de "incierto" tomadas del *Diccionario de la lengua española*. <www.rae.es>.

obra que lo vincula a la subcontratista, no siendo constitucional que el efecto de dicha medida sea trasladado al trabajador. Un análisis similar se presenta ante el pedido por parte del cliente de cambio de trabajador, llegándose al extremo de no exigir sustento alguno a dicha solicitud, lo cual supone convalidar un despido arbitrario.

El Tribunal Supremo español, recoge esta posición al señalar, en las sentencias del 14 de junio de 2007 y 10 de junio de 2008, "(…) que el contrato de obra no puede ser extinguido (…) cuando existe un acuerdo entre la empresa contratante y contratista que pone fin a la contrata. Este tipo de acuerdo entre las empresas no puede trasladarse a la extinción del contrato de obra, por finalización de la contrata, con un perjuicio evidente para los trabajadores (…)"[26].

En nuestro país podemos citar a la sentencia de la Sala Transitoria Laboral de fecha 24 de setiembre de 2010, recaída en el expediente Nº 4262-2010 BE (AyS), la cual señala, en relación al cese del destaque del trabajador de la empresa de intermediación laboral solicitado por el cliente, que "(…) de los términos expuestos en la condición resolutoria cuestionada se tiene, que mediante esta se avala la extinción de la relación laboral por la sola decisión unilateral de la empresa principal (…) la condición resolutoria pactada obliga al trabajador a renunciar a su derecho constitucional de obtener una adecuada protección legal frente al despido arbitrario por lo que es prudente declarar su invalidez (…)".

Se advierte que la Sala considera que la condición es inválida al considerar absurdo que la relación laboral del personal asignado por la subcontratista sea terminada por una decisión de la principal (cliente), admitir esta posibilidad supondrá habilitar un "despido arbitrario indirecto", medida no tolerada por nuestro ordenamiento.

En suma, resulta cuestionable la posibilidad de sujetar la continuidad laboral de los trabajadores de la subcontratista a la voluntad de la principal mediante la inclusión de una condición resolutoria en sus contratos de trabajo, pues, la resolución del contrato entre el cliente y la subcontratista, o el pedido de cambio de trabajador, no califica como un hecho incierto, y además se está trasladando el

(26) Cfr. LAHERZA FORTEZA, Jesús. "Comentario de jurisprudencia". En: *Relaciones Laborales.* Nº 17, La Ley, Madrid, setiembre de 2011, p. 37.

riesgo de dicha actividad empresarial al trabajador, lo cual atenta contra el principio de ajenidad en los riesgos, propio del Derecho del Trabajo.

IV. SUBCONTRATACIÓN COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO, INDIVIDUAL O COLECTIVA

La externalización de una actividad o realización de una obra genera una situación de excedencia de los trabajadores de la empresa principal que la venían ejecutando. Ante esta situación debemos verificar si la subcontratación puede ser considerada como causa justa de cese individual o colectivo.

Las causas justas alegadas para despedir a un trabajador, según el artículo 22 de la LPCL, pueden estar relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, correspondiendo al empleador la demostración de la misma en caso el trabajador interponga un proceso judicial de impugnación del despido. De una lectura de las causas de despido enumeradas anteriormente podemos concluir con absoluta certeza que la externalización de actividades a través de la subcontratación no califica como causa justa de despido individual. Ello es por demás evidente en tanto esta medida empresarial obedece a una decisión unilateral del empleador(27). Por ende, si la decisión implica el despido individual del personal, nos encontraremos ante un despido arbitrario.

La inquietud que sigue consiste en determinar si la descentralización productiva constituye una causa justa de despido colectivo, entendido como la decisión empresarial de extinguir en forma unilateral las relaciones laborales de un conjunto de trabajadores basándose en la existencia de una causa general y objetiva relativa al funcionamiento de la empresa(28). Las causas no quedan al libre arbitrio de la voluntad del empleador, pues de ser así nos encontraríamos ante un despido arbitrario.

Nuestra legislación regula al despido colectivo bajo el rubro "terminación de la relación de trabajo por causas objetivas"(29) en los artículos 46 a 52 de la LPCL,

(27) Este carácter unilateral se refiere a que, pese a que la ocurrencia de la causa objetiva no se deriva de la voluntad del empresario (hecho económico, tecnológico, estructural, salvo la disolución o liquidación), el cese de los trabajadores si se origina en su decisión.

(28) Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano.* 1ª ed., Ara Editores, Lima, enero de 2002, p. 446.

(29) Estamos de acuerdo con Cortés cuando señala que la falta de reconocimiento de esta situación como despido colectivo en nuestra legislación al denominarla "terminación de la relación de trabajo por causas objetivas" evidencia un sentido restringido del despido pretendiendo excluir estas "extinciones

disponiendo que el despido colectivo puede fundarse en el caso fortuito y la fuerza mayor; motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; y la disolución y liquidación de la empresa, y su quiebra(30). Se trata de hechos objetivos que supongan "una imposibilidad real para la continuación de los trabajos"(31).

Repasando brevemente las causas objetivas de terminación advertimos que el legislador considera como tales a motivos económicos, es decir, una situación de falencia o desequilibrio económico que impide a la empresa seguir operando como lo venía haciendo(32); causas tecnológicas (reconversión tecnológica) que genere racionalización de personal(33); motivos estructurales o análogos; y la disolución y liquidación de la empresa, o eventualmente su quiebra.

Si bien queda meridianamente claro que la decisión empresarial de externalizar parte de sus actividades recurriendo a la subcontratación no califica necesariamente como un motivo de falencia económica, causa tecnológica, ni mucho menos se encuadra dentro de la disolución y liquidación de la misma, puede, sin embargo, mantenerse la duda en torno a la causa "estructural o análoga" que habilita la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Para emitir una opinión sobre el particular, ensayemos primeramente una conceptualización de causa "estructural o análoga" pues la legislación se limita a enunciarla sin definirla. Lo "estructural" según el *Diccionario de la lengua española*(34) es "lo relativo a la estructura", y por estructura entiende a la "Distribución y orden de las partes importantes de un edificio (...) del cuerpo o de otra cosa (…)". En otras palabras, un cambio estructural supone una modificación en

---

colectivas". de la protección constitucional y legal contra el despido (vid, CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. "¿ El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado despido?". En: *Ius et Veritas*. Año VII, Nº 12, Lima, 1996, p, 82.). Se trata de una deficiencia terminológica que no debería llevarnos a considerar a estas causas de cese como distintas a un despido pues su ocurrencia pasa por la voluntad unilateral del empleador.

(30) "La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No. 845" no constituye en la actualidad un motivo legal de cese colectivo toda vez que la vigente Ley General del Sistema Concursal, Ley Nº 27809, en su Quinta Disposición Final señala que, "(…) solamente desde la suscripción del Convenio de Liquidación se podrá cesar a los trabajadores, para cuyo efecto se cursará aviso notarial con una anticipación de diez (10) días calendarios a la fecha prevista para el cese (…)" (énfasis nuestro). Ahora bien, es posible que se pueda cesar al personal durante la reestructuración patrimonial si dicha situación puede válidamente encuadrarse en alguno de los supuestos de cese previstos en el literal a) del artículo 46 de la LPCL, es decir, un motivo económico, tecnológico, estructural o análogo, previa autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

(31) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II, 5ª ed., Porrúa, México, 1978, p. 554. Citado por BLANCAS. *El despido* ... Ob. cit., p. 449.

(32) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Extinción de la relación laboral en el Perú". En: AA.VV. *La Extinción de la Relación Laboral*. AELE Editorial, Lima, 1987, p. 270. Citado por: BLANCAS, Carlos. Ob. cit., p. 451.

(33) BLANCAS, Carlos. *El despido* ... Ob. cit., p. 453.

(34) El diccionario puede consultarse en <http://www.rae.es>.

la organización empresarial que no se funde en causas económicas o tecnológicas, es decir, que no suponga una renovación de equipos o maquinarias. Citando el texto modificado del Estatuto de los Trabajadores de España a raíz de la reforma introducida a inicios del presente año, podemos tomar la definición de causas organizativas y de producción, presentándose las primeras "(…) cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción (…)" y, las segundas, "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (…)".

Una lectura de la definición propuesta para causa "estructural o análoga" nos podría llevar a considerar que la decisión de externalización empresarial habilitaría al empresario a desvincular a su personal alegando dicha causa justa sin que resulte exigible el pago de una reparación económica al trabajador cesado. Nótese que en estos supuestos de extinción de relaciones de trabajo por causa de descentralización productiva no se le asegura en todos los casos al trabajador continuar su relación laboral en la empresa que se haga cargo de la actividad que se externaliza. Inclusive en muchos casos se suele prescindir de la experiencia del personal pues continuar contando con sus servicios en forma descentralizada puede debilitar a la subcontratación(35).

Nuestra opinión en este punto es discrepante con dicha aparente consideración toda vez que toda causa de extinción del vínculo laboral debe ser analizada en forma restringida en tanto la regla es la continuidad en el empleo, no siendo admisible equiparar una mera decisión de negocios (descentralización productiva) a una situación que impide el normal funcionamiento de la empresa y que le obliga a reducir su fuerza de trabajo. Recordemos que con la descentralización productiva el empleador busca reducir costos, lograr una mayor flexibilidad (adelgazamiento empresarial) y, por ende, una mayor productividad, mientras que una situación habilitante de la terminación colectiva de contratos de trabajo supone la imposibilidad empresarial de continuar con estos.

(35) Esta "debilitación de la subcontratación" es una constatación práctica de que el mantener al mismo personal en empresas subcontratadas puede ocasionar la pérdida de "ausencia de subordinación respecto a la empresa principal". Recordemos que nuestra legislación considera como uno de los elementos esenciales de validez de la tercerización el hecho que la empresa que presta el servicio o ejecuta la obra subordine en forma exclusiva a su personal, lo cual supone que este no reciba órdenes, sea supervisado o sancionado por la empresa cliente. Existe una mayor probabilidad que se presenten este tipo de situaciones que "laboralizan" la relación trabajador subcontratado-cliente si el trabajador estuvo previamente contratado directamente por el cliente.

En efecto, la doctrina contempla unas características comunes[36] a las causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas para que la decisión de despedir colectivamente a los trabajadores se vea legitimada, como el hecho de que ellas imposibiliten material o legalmente la continuación de las relaciones de trabajo, pues el empleador no puede cumplir con el contrato; que la imposibilidad sea definitiva o permanente, o, que las causas sean ajenas a la conducta del empleador. Sagardoy afirma que la falta de trabajo debe ser independiente de la voluntad empresarial de resolver el contrato de trabajo[37].

Advertimos que la decisión descentralizadora no se deriva de la imposibilidad jurídica o material de dar continuidad a las relaciones laborales, ni tampoco constituye una conducta ajena a la voluntad del empresario. Muy por el contrario, la descentralización obedece a una decisión de negocios ejecuta con base en la libertad de empresa, como lo mencionamos en el capítulo precedente.

Lo afirmado no pretende negar la posibilidad de que la descentralización productiva encaje en alguno de los supuestos de terminación colectiva previstos en la norma peruana sino impedir que la sola decisión empresarial de externalizar una actividad habilite al empresario a considerar dicha situación como un caso "estructural o análogo" que le permita cesar personal. Distinto es el supuesto en el que la empresa se encuentre comprometida en el plano económico[38], por ejemplo, y que la extinción del contrato y posterior subcontratación de las tareas que realizaban los trabajadores excedentarios surja como una medida necesaria para evitar la situación de desventaja empresarial.

V. CONCLUSIONES

La subcontratación se sustenta en la libertad de empresa, la cual se encuentra reconocida en nuestra Constitución, sin embargo, ello no supone que la misma pueda ejercerse en forma ilimitada. Son los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación un límite importante a los efectos que esta pueda desplegar en las relaciones laborales involucradas, es decir, en las que corresponden al personal de las subcontratistas como de la empresa usuaria. De ahí que la

(36) Tomadas de BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido* ... Ob. cit., pp. 455-456.

(37) SAGARDOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, Citado por BLANCAS, Carlos. *El despido* ... Ob. cit., p. 456.

(38) GORELLI. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 89.

subcontratación ceda ante el derecho a la estabilidad laboral, no siendo causa suficiente para permitir la precarización de las condiciones de trabajo del personal tanto en el ingreso a laborar (uso intensivo de contratos temporales), en las remuneraciones, horarios de trabajo y demás aspectos generados durante la vigencia del vínculo laboral, como en su cese en el empleo (ausencia de estabilidad, subcontratación como causa de despido).

Es cuestionable sujetar la estabilidad de salida del trabajador a un contrato mercantil entre la usuaria o lo contratista, pues ello supondrá vaciar de contenido a la relación laboral del trabajador con la empresa, o forzar la figura para que la subcontratación sea considerada una causa objetiva de cese per se, entre otras situaciones tratadas anteriormente.

Lamentablemente, nuestro ordenamiento laboral carece de mecanismos adecuados de tutela que mitiguen los efectos nocivos de la subcontratación en la estabilidad laboral de salida, por lo que urge llenar esa deficiencia con pronunciamientos judiciales sólidos que con suficiente valentía se atrevan a analizar temas tan polémicos como los expuestos en el presente artículo.

TIEMPO Y TRABAJO: RELACIONES ENTRE POLÍTICAS DE TIEMPO, JORNADA DE TRABAJO Y VIDA FAMILIAR[1]

SERGIO QUIÑONES INFANTE[2]

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa al tiempo y trabajo como objeto de atención de las políticas públicas surge cuando se reconoce que, además del tiempo de trabajo productivo, existen "otros tiempos" que se articulan en nuestra vida cotidiana y que han permanecido invisibles hasta no hace mucho.

En efecto, cuando se asume que el tiempo es más que el horario de trabajo y se intenta romper con el tradicional binomio "tiempo de trabajo-tiempo de ocio", emerge la necesidad de abordar y organizar los "otros" tiempos y trabajos necesarios para la vida de los individuos en sociedad: el tiempo para el espacio doméstico-familiar y para el cuidado de las personas, sobre todo. Así, la actuación de unas políticas de tiempo se hacen necesarias "con vistas a redistribuir la carga total de trabajo entre géneros y proporcionar bienestar a la población" (Torns. Et ál., 2006: p. 23).

(1) El presente artículo ha sido elaborado en coautoría con Valeria Villacorta Cussianovich, estudiante del octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y adjunta de docencia del curso Libertad de Trabajo y Trabajo Infantil en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Consejero del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados.

Lo anterior cobra particular relevancia si tomamos en cuenta ciertos indicadores del mercado laboral peruano. Así, por ejemplo, tenemos que de acuerdo con la información levantada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, a través de la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza - Enaho (ver cuadro Nº 1), cerca de 2 millones de trabajadoras y trabajadores asalariados del Sector Privado tuvieron en el año 2013 una jornada laboral semanal mayor a las 48 horas semanales.

Esto supone –en términos relativos– que el 32,6 % del total de asalariados privados del año de referencia (5,865,650 trabajadores/as) laboró excediendo los límites de la jornada semanal máxima legalmente permitida; siendo que en el sector de la mediana y gran empresa dicha tasa de incidencia se incrementa en casi seis (6) puntos porcentuales, dado que los cerca de 600 mil trabajadores de empresas con más de 101 empleados que excedieron la jornada máxima en cuestión representan el 38,5 % del total del universo en ese segmento empresarial.

CUADRO Nº 1

PERÚ: ASALARIADOS PRIVADOS POR TAMAÑO DE EMPRESA SEGÚN JORNADA LABORAL SEMANAL, 2001 - 2013

Jornada laboral semanal	Tamaño de empresa				Total
	De 2 a 10 trabajadores	De 11 a 100 trabajadores	De 101 a más trabajadores	No Especificado	
2013					
Total	**2,748,163**	**1,568,109**	**1,536,454**	**12,924**	**5,865,650**
Menor a 24 horas	558,134	190,882	121,407	433	870,856
24 horas	104,126	37,245	25,000	429	166,800
Mayor a 24 y menor a 48 horas	862,114	571,237	439,717	2,504	1,875,571
48 horas	401,764	276,283	358,579	2,486	1,039,112
Mayor a 48 horas	822,025	492,462	591,751	7,072	1,913,310

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua 2004 - 2013. Metodología actualizada.

Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (Disel).

Cuando el enfoque se centraliza en Lima Metropolitana, los indicadores se elevan sustancialmente. Según una investigación realizada en el año 2012 por el Instituto de Ciencias del Matrimonio[3], el 64,0 % de los encuestados indicó que

(3) Fuente: <http://www.larepublica.pe/16-09-2012/el-64-de-trabajadores-limenos-labora-entre-ocho-y-trece-horas-diarias>. Consultada el 25 de noviembre de 2014.

sus jornadas superaban las 8 horas diarias, y la de algunos llegaban a las 13 horas por día; más aún, de ese porcentaje, casi la tercera parte afirmó que su jornada laboral semanal se extendía hasta las 91 horas, incluyendo los sábados y domingos. Como consecuencia de estas largas jornadas de trabajo, el 95 % de los entrevistados señaló destinar unas 14 horas a la semana –como máximo– para compartir tiempo con su familia.

Precisamente, en lo concerniente al tiempo dedicado a la familia y la repercusión que sobre aquel tiene la jornada laboral, la OIT y el PNUD han advertido que "al sumar el trabajo que las mujeres realizan para el mercado con el que dedican al cuidado de la familia, se constata que trabajan una mayor cantidad de horas diarias que los hombres (…) Esta situación es más grave para las mujeres, especialmente aquellas provenientes de hogares más pobres. Es decir, el uso del tiempo reproduce las desigualdades socioeconómicas y de género que caracterizan la región. Contrario al sentido común según el cual las mujeres realizan el trabajo doméstico porque no están insertas en el mercado laboral, las encuestas muestran claramente que ellas siempre son responsables de estas tareas, sean amas de casa o trabajen remuneradamente" (OIT & PNUD, 2009, pp. 66-67).

El caso peruano no es ajeno a la realidad regional antes descrita. Según el INEI, la población femenina económicamente activa pasó de 4,996,000 personas a 6,832,000 entre el 2001 y el 2013; sin embargo, pese a esta alentadora incorporación masiva al mercado de trabajo, se mantienen al día de hoy sustanciales brechas entre hombre y mujeres en materias como la participación en cargos directivos (solo 9,0 % de participación femenina), igualdad salarial (el ingreso promedio mensual de las mujeres equivale al 67 % de lo que reciben los varones) y, sobre todo, la distribución del tiempo entre el trabajo y la vida familiar (las mujeres dedican en promedio 24 horas a la semana a actividades domésticas no remuneradas, adicionales a su empelo)[4].

Sobre este último aspecto, estudios recientes han puesto en evidencia el valor cuantitativo que adquiere el tiempo "no productivo" (no remunerado) en la organización de la sociedad. De hecho, en el Perú recientemente se ha publicado el Decreto Supremo Nº 056-2014-PCM, Reglamento de la Ley Nº 29700, que incluyó el trabajo no remunerado en las cuentas nacionales del Estado, lo que supone un reconocimiento formal y oficial al valor económico del tiempo y de las actividades tradicionalmente consideradas "no productivas" o excluidas del mundo laboral.

(4) Informe publicado en el diario *El Comercio* el sábado 8 de marzo de 2014 (A2), a propósito del Día Internacional de la Mujer.

En definitiva, el tiempo resulta ser una dimensión relevante al momento de diseñar políticas de bienestar, no solo por su potencial para revertir las desigualdades por género, sino también por su relevancia cuantitativa en términos de horas de trabajo que demandaría a la sociedad asumir ciertas actividades hasta hace poco invisibles.

En este contexto, el objeto del presente artículo es analizar las posibilidades y límites que se presentan a las "políticas de tiempo" para articular adecuadamente las jornadas laborales y el tiempo de vida personal y familiar. A tal efecto, nos referiremos primero al origen y dimensiones de las políticas de tiempo, luego abordaremos la orientación normativa y práctica que viene teniendo la regulación de la jornada laboral, para finalmente referirnos al concepto de conciliación de la vida laboral y familiar como posible eje de articulación de estas tres instituciones en el marco del bienestar social.

II. LAS POLÍTICAS DE TIEMPO: ORIGEN Y DIMENSIONES

El origen de las políticas de tiempo podría ubicarse tanto en el Anteproyecto de Ley del Tiempo, promovido en 1990 por la mujeres del entonces Partido Comunista Italiano, como en la crisis de la norma social de empleo que motivó en las últimas dos décadas la implementación de distintas políticas de reducción del tiempo de trabajo en la Unión Europea (Torns y Miguélez, 2006; Torns, 2008).

Conviene detenernos en el Anteproyecto de ley en cuestión, a fin de recordar que este giró en torno a 3 ejes: (i) regular el ciclo de vida poniendo en cuestión el modelo masculino: estudiar para trabajar, trabajar productivamente a tiempo completo y jubilarse; (ii) reducir la jornada de trabajo de toda la población ocupada y establecer horarios más flexibles; y, (iii) regular el tiempo y la ciudad a través de los horarios de los servicios municipales, de transportes y de los comercios (Torns, 2008).

Precisamente, sobre la base de este origen –aunque sin seguir el mismo orden– las políticas de tiempo que se han desarrollado en la Unión Europea han abordado principalmente tres dimensiones: (i) el tiempo de trabajo; (ii) el tiempo y la ciudad; y, (iii) el tiempo y el ciclo de vida.

Con relación a la primera dimensión, nos remitimos al trabajo de Recio (Et ál., 2009) que reproduce los aspectos más destacados de una investigación efectuada en 2006 –por los mismos autores– sobre las principales actuaciones en materia

de gestión del tiempo de trabajo en la Unión Europea: "las 35 horas francesas", el "6+6 finlandés" y el "*work and life balance* inglés".

Sobre la primera experiencia, los autores advierten que la finalidad originaria de la medida –reducir el tiempo de trabajo para generar más empleo– fue desnaturalizada por las sucesivas normas que se dictaron, las que terminaron convirtiéndola en una medida de flexibilización y variabilidad horaria que afectó a los menos cualificados y a las mujeres.

En cuanto al caso finlandés, se indica que los resultados sobre el alcance de la medida –introducir turnos de actividad de 12 horas divididos en 2 jornadas de 6 cada una– fueron ambiguos y variables según el sector y el tipo de empresa; siendo que, al igual que en el caso francés, los trabajadores prefirieron trabajar más horas al día para poder acumular días enteros de descanso (en vez de reducir diariamente la jornada)[(5)].

Por último, en el caso inglés se buscó que las empresas introdujeran medidas para promocionar el equilibrio entre la vida personal y laboral de la población ocupada, aunque lo cierto es que las primeras evaluaciones evidenciaron que –lejos de disminuir– las horas trabajadas habían aumentado.

En suma, los autores citados postulan que todos los casos reseñados constituían medidas técnicamente adecuadas, pero que no tomaron en cuenta factores culturales como la interiorización de la "disciplina laboral capitalista"[(6)], que impiden a los trabajadores percibir positivamente una reducción sincrónica y cotidiana del tiempo de trabajo.

Ahora bien, en lo relativo a las políticas de tiempo y la ciudad debemos resaltar que "la ciudad ha sido, en estos últimos años, uno de los escenarios donde la importancia del tiempo se ha hecho manifiesto. Y donde, asimismo, se han concretado algunas actuaciones pioneras en las aquí denominadas políticas de tiempo" (Torns, 2004: p. 152).

(5) En este punto cabe destacar que "ganar dos horas al día se vive como pérdida en la medida en que no se sabe a qué dedicar un tiempo que, hasta ahora, estaba destinado al trabajo remunerado" (Torns y Miguélez, 2006: p. 40).

(6) Sobre el particular, se ha señalado que "la teoría del valor trabajo iniciada por Adam Smith –y continuada posteriormente por David Ricardo y Carlos Marx– según la cual el trabajo (industrial) es la fuente de valor, le dará una gran centralidad al concepto, lo cual facilitará la asociación simbólica entre trabajo y trabajo asalariado (…) Así, desde los orígenes de las sociedades industriales, el empleo ha sido concebido como la actividad central de la vida, determinando los horarios, las jornadas y la vida de las personas" (Carrasco, 2009: pp. 46-47).

Efectivamente, en esta dimensión se aborda la implementación de medidas que tienen como objetivo mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y ciudadanas en el espacio de la ciudad, por lo que buscan recoger sus preocupaciones cotidianas. En atención a ello, las medidas en cuestión suponen normalmente una modificación en la "ordenación de la ciudad", tanto de los espacios como de los tiempos, como una vía para pensar políticas en lógica de sincronía temporal cotidiana en el ámbito urbano.

Alguna de las propuestas y experiencias que en este ámbito se han desarrollado con relativo éxito son los denominados "Bancos de tiempo". Se trata de espacios de intercambio (no monetario) de conocimientos, recursos y servicios entre los vecinos, así como de "pedagogía cívica para promover la participación y solidaridad ciudadana" (Torns, 2004: p. 160).

Un segundo tipo de propuestas y experiencias destacable es el que se vincula a la regulación de los servicios públicos en la ciudad, con el fin de hacerlos más "amigables" para la ciudadanía. Así, por ejemplo, el "Plan Territorial de los Horarios" en Italia permitió que cada ciudad desarrolle proyectos para mejorar la prestación de servicios a las personas, racionalizar los horarios de la ciudad, mejorar la relación entre los ciudadanos y ciudadanas y la Administración Pública, favoreciendo su participación y agilizando la burocracia administrativa municipal (Torns, Et ál. 2006).

Asimismo, en la ciudad de Rennes, Francia, el proyecto "Égalité *des temps*" condujo a la implementación de una serie de actuaciones orientadas a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y ciudadanas mediante un mejor conocimiento de sus necesidades cotidianas: servicios municipales de atención a la infancia en situaciones de urgencia imprevistas, conciertos con servicios de restauración a precios públicos, establecimiento del "día del tiempo", entre otras medidas (Torns, Et ál. 2006).

Finalmente, en lo que a las políticas de tiempo y el ciclo de vida se refiere, debemos señalar que se trata de la dimensión menos y más tardíamente desarrollada. Con ella se busca destacar la relevancia que adquiere el tiempo en el ciclo de vida de las personas así como formular propuestas alternativas al modelo de ciclo de vida dominante: estudiar para trabajar, trabajar productivamente a tiempo completo y jubilarse.

Sin embargo, antes que por cuestionar el modelo, el interés que este tipo de actuaciones ha despertado en algunas de las políticas sociales europeas se debe atribuir más bien "a la preocupación por encontrar nuevas fórmulas de redistribución del tiempo a lo largo de la vida laboral y, especialmente, a la necesidad

de reelaborar los recursos de la Seguridad Social –las pensiones, básicamente– dado el creciente proceso de envejecimiento de la población europea" (Torns. Et ál., 2006: p. 52).

En definitiva, sobre la base de la literatura especializada que hemos reseñado (Borras. Et ál., 2007; Torns, 2008), podríamos resumir los objetivos que persiguen las políticas de tiempo en tres: (i) que se reconozca el valor que adquiere el tiempo para el bienestar cotidiano de las personas y, por ello, que se replantee la actual organización social del tiempo; (ii) que el tiempo de trabajo productivo deje de ser el eje central sobre el que se construye la mayoría de proyectos de vida; y, (iii) que el tiempo de vida se convierta en el eje vertebrador de las políticas de bienestar.

Sobre la base de este marco teórico, analizaremos en el siguiente apartado la orientación normativa y práctica que viene teniendo la regulación de la jornada laboral a fin de evaluar si aquellas brindan un margen –más o menos amplio– para la incorporación del concepto de "políticas de tiempo" y, sobre todo, de los objetivos que estas persiguen.

III. EL TIEMPO DE TRABAJO: ¿HACIA DÓNDE SE DIRIGE?

1. Regulación normativa

La Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, a través de los representantes de los gobiernos, trabajadores y empleadores de sus Estados Miembros, ha adoptado tres convenios sobre la jornada de trabajo: en el año 1919 adoptó el Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria); en el año 1930, el Convenio núm. 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas); y, en el año 1935, el Convenio núm. 47 sobre las cuarenta horas semanales. En la línea de este último convenio, en 1962 se adoptó adicionalmente la Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo. De dichos convenios, el Perú solo ratificó en el año 1945 el Convenio núm. 1.

En nuestro ordenamiento interno la jornada de trabajo se encuentra regulada por el TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, y por su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 008-2002-TR; en dichas normas se reconoce la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 semanales.

Nuestra normativa también ha recogido, sin embargo, la excepción prevista en el Convenio núm. 1, por la cual se permite prorratear las 48 horas semanales cuando la duración de uno o varios días de la semana sea superior a 8 horas; ello siempre y cuando el exceso del tiempo previsto nunca sea mayor de una hora diaria (Convenio núm. 1, art. 2, lit. b). Este límite máximo no fue incluido en el artículo 2 (numeral 1, literal b) de nuestra ley, lo cual ha permitido que muchas empresas que trabajan cinco días de la semana, adopten jornadas diarias de hasta 9.6 horas. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones viene observando hace ya algunos años dicha disposición, por no encontrarse amparada en el Convenio (OIT, 2014).

Discutir, sin embargo, si nuestro país cumple o no con los máximos que establece la norma internacional vinculante parece haber perdido sentido analizando el contexto mundial actual. El Convenio núm. 1 tiene una fuerte carga histórica pues refleja los resultados de una larga lucha social por contrarrestar los efectos negativos de una revolución industrial que había cambiado radicalmente la organización del trabajo. Este fue adoptado en el mismo año de creación de la OIT, lo cual muestra la prioridad que tenía para sus mandantes regular el tiempo y establecer máximos a su jornada en un contexto de conflictos sociales.

Sin embargo, no muchos años después la Conferencia Internacional del Trabajo estaba adoptando el Convenio núm. 47 sobre las cuarenta horas semanales. En él los Estados que la ratificaron se declaraban en favor del principio de la semana de cuarenta horas, aplicada de forma tal que no implicase una disminución en el nivel de vida de los trabajadores. De esta manera, los mandantes de la OIT reconocían como ideal ya no la semana de 48 horas, sino la de 40. De hecho, la CEACR ha reconocido que uno de los motivos por los cuales el Convenio núm. 47 fue ratificado por pocos Estados miembros radica en que muchos de ellos habían para ese entonces alcanzado ya dicho reconocimiento, y aspiraban a algo mejor. Son 107 países los que han establecido en su respectiva normativa nacional límites inferiores a las 48 horas. El Perú no es uno de ellos.

2. Prácticas empresariales y apuestas por la reducción del tiempo de trabajo

En Alemania, las horas de trabajo son determinadas a través de convenios colectivos, dentro del marco normativo general que estipula como máximo la semana de 48 horas. Dichos convenios colectivos, al momento de regular esta materia, deben tener en cuenta: (i) los intereses de los trabajadores; (ii) las necesidades económicas; y, (iii) las consecuencias de la ordenación del tiempo en el mercado

de trabajo. En la práctica, las horas habituales de trabajo rondan entre las 37 y 39 por semana (OIT, 2005).

En Japón, sin haber ratificado el Convenio núm. 47, se adoptó en 1997 el sistema de las 40 horas semanales. Antes de dicho cambio se había promulgado ya en 1992 la Ley sobre Medidas Especiales para promover la reducción del número de horas de trabajo; entre dichas medidas se incluyó la concesión de subvenciones a aquellas empresas que abordasen la reducción. Como resultado de estas medidas, las cuales fueron acompañadas por un plan para reducir la duración del trabajo, se redujo el número de horas efectivamente trabajadas de 40.8 horas en 1992 a 38.4 en el 2002 (OIT, 2005).

En Sudáfrica se adoptó como anexo de la Ley de Condiciones Básicas de Empleo una lista con procedimientos a adoptarse para reducir progresivamente el número de horas a 40 semanales. Entre dichos procedimientos se señalan la negociación colectiva y la publicación de decisiones sectoriales. Asimismo, se establece el deber de tomar en consideración el impacto de dicha reducción: (i) en el empleo existente y en las oportunidades de creación de empleo; (ii) en la eficiencia económica; y, (iii) en la seguridad, salud y bienestar de los trabajadores (OIT, 2005).

No obstante los ejemplos antes reseñados, y tal como ha quedado acreditado en la introducción del presente artículo, en el Perú la estadística parece indicar que vamos por el camino opuesto. La cantidad de personas que trabaja por encima de las 48 horas es significativa, y ello reflejaría –entre otras razones– que sigue predominando el pensamiento que vincula la mayor cantidad de horas en el trabajo con una mayor productividad para la empresa; vinculación que en nuestra opinión carece de fundamento.

En efecto, un estudio del año 2011 llevado a cabo en 18 países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), encontró que la respuesta en la productividad por hora frente a un aumento en el tiempo de trabajo es siempre negativa (Cette et ál., 2011, citado en OIT, 2012). Otros estudios de casos analizados por la OIT muestran que, mientras el trabajo en sobretiempo es muchas veces considerado como el reflejo de la ética y compromiso laboral del trabajador, inevitablemente las jornadas largas devienen en la creación de riesgos y conflictos respecto a la calidad de la vida privada y respecto al desempeño mismo en el trabajo (OIT, 2012). Por el contrario, mejores prácticas en el balance entre trabajo y vida privada están asociadas a una productividad significativamente más alta (Bloom et ál., 2009, citado en OIT, 2012).

Por su parte, en el Estudio General de la OIT sobre esta materia, luego del análisis de las memorias enviadas por los gobiernos de los Estados Miembros y de las observaciones enviadas por trabajadores y empleadores, se identificó como característica común de aquellos Estados que habían adoptado políticas y medidas al respecto, la percepción de la reducción de las horas de trabajo no como objetivo general, sino más bien como herramienta adecuada por la consecución de dos metas: (i) la creación de puestos de trabajo adicionales; y, (ii) el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de los trabajadores (OIT, 2005).

Si bien una mayor productividad no fue considerada inicialmente como meta en los países en cuestión, consideramos que esta puede ser tomada en cuenta como un tercer beneficio. Y ello como consecuencia de lo anterior: porque el trabajador reconoce el respeto que su empleador tiene por su vida privada, el trabajador refleja en su trabajo el respeto por los intereses de su empleador. No debemos olvidar que el trato humano genera respeto, y el respeto genera compromiso.

Ciertamente, esto funcionará siempre y cuando se establezca como política empresarial el respeto pleno y valoración de la eficiencia y productividad real del trabajador por sobre su "presentismo" en el centro de trabajo, tal como suele suceder comúnmente en la práctica, cuando un trabajador productivo –por su organización adecuada y sentido de responsabilidad sólido– en lugar de verse recompensado con un mayor tiempo de descanso, se ve abrumado con más trabajo.

Otro elemento necesario para que una reducción de las horas de trabajo funcione es el correspondiente al salario: una reducción de la jornada de trabajo no debería conllevar siempre la disminución del sueldo de manera directa y proporcional. Para ello se requiere modificar la manera en la que se suele retribuir el trabajo, pasando de un modelo de pago por unidad de tiempo a otro que retribuya la productividad medida a través de diversos indicadores, según el tipo de empresa y actividad económica.

Sin embargo, es importante tomar en cuenta los intereses particulares de los actores sociales en juego. De hecho, cabe recordar que cuando se intentó establecer a través de un decreto supremo un tope a la cantidad de horas extra que un trabajador podía realizar, fueron las propias centrales sindicales quienes se opusieron rotundamente a la medida, alegando que el monto que recibían por dichas horas extra estaba ya considerado dentro de su ingreso mensual, y que limitar "su derecho" a ellas era a todas luces perjudicial. A los pocos días se derogó la norma, y hoy por hoy los trabajadores pueden trabajar (y los empleadores solicitar/sugerir) la cantidad de horas extra que crean conveniente.

IV. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR COMO POLÍTICA DE TIEMPO

La cuestión relativa a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal como objeto de atención de las políticas públicas surge en la Unión Europea - UE a partir de su inclusión en uno de los cuatro pilares de la Estrategia Europea de Empleo aprobada en 1997: la igualdad de oportunidades por razón de género.

Sin embargo, la vinculación entre ambos conceptos ha resultado un tema controvertido, en la medida en que se trata de un asunto cuyo debate público es bastante más reciente y sobre el que no existe aún consenso en cuanto a su contenido, dimensiones y las responsabilidades que conlleva. Dos son los enfoques que predominan sobre el particular: entender la conciliación como una política de empleo, o entenderla como una propuesta hacia el establecimiento de la corresponsabilidad entre géneros.

A continuación describiremos brevemente cada una de ellas, para analizar en el apartado final cuál resultaría el enfoque idóneo sobre el cual articular de modo óptimo la noción de políticas de tiempo y la de reducción eficiente de la jornada laboral.

La conciliación como política de empleo se abordó en la UE por primera vez con la Recomendación Nº 92/241/CEE del Consejo Europeo, del 21 de marzo de 1992, en la que se instaba a los Estados miembros a adoptar medidas que fomenten el reparto de responsabilidades en el cuidado de los hijos entre hombres y mujeres. Posteriormente, la Directiva 1992/85/CEE estableció un conjunto de disposiciones relativas a la maternidad y la Directiva 1996/34/CE hizo lo propio en materia de permisos parentales (Gibert. Et ál., 2007).

Sobre el particular, Campillo (2010) ha destacado que durante la década de los noventa las políticas europeas de conciliación se impulsaron desde un compromiso claro con la igualdad de oportunidades por razón de género; sin embargo, en los últimos años las referidas políticas han sido colocadas en el primer plano de la política pública europea gracias a su incorporación en la Estrategia Europea de Empleo. Así, la conciliación se considera parte de una estrategia más amplia diseñada para promover el pleno empleo en la UE.

Por ejemplo, si nos remitimos a las "Orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2008-2010", aprobadas mediante la Decisión del Consejo Nº 2008/618/CE, del 15 de julio de 2008, observamos que la Orientación Nº 18 –relativa a promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida– propone una actuación decidida para incrementar la participación femenina y reducir

las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración, así como una mejor conciliación de la vida familiar y profesional.

En definitiva, "el objetivo político básico de las políticas de conciliación ha sido el aumento de la población activa a través de una mayor integración femenina en los mercados de trabajo, objetivo vinculado, a su vez, con la preocupación por la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social en una época en la que se ha impuesto la austeridad fiscal" (Campillo, 2010: p. 204).

Como consecuencia de este enfoque, para la UE la conciliación se ubica en el ámbito de las relaciones laborales y se percibe como un asunto estrictamente femenino: se trataría de resolver "el problema" de las mujeres que desean incorporarse al mercado de trabajo sin que ello les "impida" continuar con la atención del cuidado del hogar y de la familia. De allí que la apuesta europea en esta materia haya sido por la incorporación de las mujeres al mercado laboral por medio del trabajo parcial.

A diferencia de la anterior, la idea de conciliación como "corresponsabilidad entre géneros" recoge un particular enfoque académico en el que la conciliación tiene que ver, esencialmente, con la relación entre trabajo y tiempo, pero se trata de una relación cuya lectura difiere según el género. En efecto, en el marco de una organización social de tipo patriarcal que fundamenta y refuerza la división sexual del trabajo, solo el trabajo productivo (masculino) es retribuido monetariamente y valorado socialmente; por el contrario, el trabajo reproductivo (femenino) no solo no se remunera, sino que es visto como "natural" y, por lo tanto, subvalorado.

Adicionalmente, el modelo *male breadwinner* y la división sexual del trabajo conducen a la denominada "doble presencia femenina"; vale decir, la asunción de una doble carga de trabajo en un mismo espacio y tiempo y los efectos materiales y psicológicos que ello genera en la vida laboral, familiar y personal de las mujeres (Torns, 2005).

En este contexto, la conciliación trata de ajustar los roles y el tiempo en el trabajo productivo y en el reproductivo con el objetivo de celebrar un "nuevo contrato entre géneros" que se soporte en la "corresponsabilidad" entre ambos (Carrasquer y Martín, 2005; Torns, 2005).

Sobre la base de algunas de las propuestas de actuación que han sido formuladas en esta línea (Borras. Et ál., 2007; Miguélez. Et ál., 2007; Torns, 2005), consideramos que la conciliación como "corresponsabilidad entre géneros" demandaría, para comenzar, una "igualdad de oportunidades en el trabajo reproductivo";

esto es, un cambio en la ideología sobre los roles por género en el hogar y en la sociedad a fin de que los hombres estén dispuestos a asumir responsabilidades familiares (Bustelo y Peterson, 2005).

Adicionalmente, sería necesario reformular la relación entre tiempos y trabajos (el productivo, el reproductivo y el de libre disposición), teniendo en consideración el horizonte de la vida cotidiana; la idea es que el tiempo de trabajo productivo termine adaptándose a los demás tiempos sociales, y no al revés, como sucede actualmente (Callejo, 2005).

Asimismo, se requiere una mejora sustantiva de las políticas y servicios públicos en materia de atención a la dependencia: guarderías para niños, apoyos en el cuidado de personas mayores, subvenciones por atención a dependientes, entre otros ejemplos; teniendo en cuenta que se deben entender como derechos de ciudadanía de carácter universal e individual (Borras. Et ál., 2007).

Finalmente, la generación de empleo de calidad en igualdad de oportunidades se hace indispensable para alcanzar una verdadera "corresponsabilidad", toda vez que "la proliferación de empleos precarios (…), o empleos con horarios desregulados, salarios bajos y pocas prestaciones sociales va en contra de la lógica y los objetivos de la conciliación" (Miguélez. Et ál., 2007: p. 51).

En suma, bajo este enfoque, la conciliación o "corresponsabilidad" demanda que se actúe en diversos ámbitos (no solo en el espacio y tiempo laboral) y –sobre todo– la participación activa de ambos géneros (no se trata de un "problema de las mujeres") y del conjunto de actores sociales públicos y privados.

V. REFLEXIONES FINALES

Según ha sido expuesto en los apartados anteriores, las políticas de tiempo abordan no solo el ámbito del trabajo productivo (reducción de jornada laboral), sino también el de la relación de los ciudadanos con los tiempos y espacios de su ciudad y, en términos más generales, el del modelo de ciclo de vida actualmente vigente (formulado en clave diacrónica y masculina).

De allí que los objetivos que se buscan alcanzar con las políticas de tiempo en cuestión apunten a generar bienestar para toda la población mediante la redistribución de la carga total de trabajo entre géneros y, sobre todo, a reconocer socialmente que "no todo el tiempo es dinero, no todas las relaciones

humanas están mediatizadas por el tiempo mercantilizado, no todos los tiempos son homogéneos ni todo el tiempo de trabajo es remunerado" (Carrasco, 2009: p. 52).

En este contexto, creemos que las posibilidades de complementar y fortalecer las políticas de tiempo son considerables cuando hablamos de conciliación en términos de "corresponsabilidad entre géneros", toda vez que la cuestión de fondo bajo este enfoque es la relación entre los tiempos de vida y el bienestar que de su uso se debería derivar para toda la población.

En esa misma línea, la implementación de una política pública que se oriente progresivamente a la reducción eficiente del tiempo de trabajo, eliminando la idea errada que premia el "presentismo" y valorando los mecanismos de retribución adecuada por la productividad real del trabajador, supondría el marco idóneo para alcanzar los objetivos de la conciliación entendida como un "nuevo contrato entre géneros".

En suma, consideramos que las dimensiones y objetivos de las políticas de tiempo, la conciliación –concebida como "corresponsabilidad entre géneros"– y la reducción de la jornada de trabajo son ciertamente convergentes, y evidencian interesantes espacios de actuación en común para su articulación y complementariedad.

BIBLIOGRAFÍA

BORRAS, V. Et ál. *Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo*. Papers, 2007.

BUSTELO, M.; PETERSON, E. "Conciliación y (des)igualdad. Una mirada debajo de la alfombra de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres". En: *Somos*. Nº 7, Revista de Desarrollo y Educación Popular. 2005.

CALLEJO, J. "Estrategias temporales: relaciones entre tiempo de trabajo remunerado y tiempo de trabajo doméstico". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 23, Nº 1, 2005.

CAMPILLO, I. "Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España". En: *Política y Sociedad*. Vol. 47, Nº 1, 2010.

CARRASCO, C. "Tiempos y trabajos desde la experiencia femenina". En: *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*. Nº 108, 2009.

CARRASQUER, P. Et ál. *El trabajo reproductivo*. Papers 55, 1998.

CARRASQUER, P., MARTÍN, A. "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 23, Nº 1, 2005.

GIBERT, F. Et ál. *Las organizaciones empresariales y las empresas ante la conciliación de la vida laboral y familiar-personal*. Papers 83, 2007.

MIGUÉLEZ, F. Et ál. *Los sindicatos ante la conciliación de la vida laboral y familiar-personal*. Papers 83, 2007.

OIT & PNUD. *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago, 2009.

OIT. *Horas de Trabajo. ¿De lo fijo a lo flexible?* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005.

OIT. *The effects of working time on productivity and firm performance: a research synthesis paper*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012.

OIT. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo*. I. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.

RECIO, C. Et ál. "La regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea". En: *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*. Nº 108, 2009.

TORNS, T. "Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar". En: *Trabajo.* Nº 13, Universidad de Huelva, 2004.

TORNS, T. "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 23, Nº 1, 2005.

TORNS, T. Et ál. *Las políticas del tiempo: un debate abierto. Ayuntamiento de Barcelona*. Programa Nuevos Usos Sociales del Tiempo, 2006.

TORNS, T. "Tiempos de trabajo, tiempos de vida". En: *Gaceta sindical: reflexión y debate*. Nº 10, 2008.

TORNS, T.; MIGUÉLEZ, F. Coordinadores. *Tiempo de trabajo: balance de acciones en la Unión Europea*. CESB-NUST, Nuevas organizaciones del tiempo de trabajo. Consejo Económico y Social de Barcelona-Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2006.

TRABAJO DECENTE Y DERECHOS HUMANOS LABORALES

JUAN RASO DELGUE[1]

I. UN DEBIDO HOMENAJE

Ha transcurrido menos de un año de la desaparición física del distinguido juslaboralista y querido amigo Mario Pasco Cosmópolis. La ausencia de sus palabras y la falta de su permanente sonrisa siguen golpeándonos con fuerza y marcando un presente en el cual nos vamos reacomodando con dificultad. Estamos cumpliendo nuestro duelo y la invitación a participar en un libro de homenaje al destacado jurista nos honra y nos permite expresar –como él hubiera querido– algunas ideas que forman parte de la más vasta teoría del Derecho del Trabajo, entendiendo por "teoría" el conjunto de fundamentos que definen el marco conceptual de nuestra disciplina.

En tal sentido, compete a todos nosotros ir construyendo la teoría de nuestra disciplina, que se destaca de todas las demás por reconocer en la desigualdad de las partes contratantes su rasgo definitorio. Así lo expresaba magistralmente ya hace algunos nuestro homenajeado, en la revista uruguaya *Derecho Laboral*: "Las partes de la relación laboral son jurídicamente desiguales: al empleador le

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesor Titular de Teoría de las Relaciones Laborales en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Consultor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Editor y Director de la revista Relaciones Laborales. Redactor permanente de la revista Derecho Laboral. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

son conferidas facultades normativas, directivas y sancionadoras, cuyo correlato en el trabajador es el deber de cumplimiento, obediencia y disciplina. Aunque iguales civilmente, son sensiblemente desiguales en lo jurídico por su diversa posición funcional, fruto de una necesidad social cual es la de organizar la producción, lo que requiere de una relación verticalizada. En lo económico, el patrono detenta los medios de producción; el obrero solo tiene su fuerza de trabajo y, a través de ella, su salario"[2].

El presente trabajo pretende aportar algunas ideas en torno a dos conceptos que son ejes centrales de la "teoría" laboral: el trabajo decente y los derechos humanos.

II. LOS CONCEPTOS DE TRABAJO DECENTE Y DERECHOS HUMANOS

1. Trabajo decente

La noción de trabajo decente constituye un concepto en formación. La formulación primitiva fue lanzada por el Director General de la OIT, Juan Somavía, en la Conferencia General de Ginebra de 1999, existiendo hoy consenso en vincular dicha noción con las ideas de trabajo productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad[3].

Puede agregarse también que en el seno de la OIT se le han atribuido los siguientes caracteres:

- trabajo productivo y seguro
- con respeto a los derechos laborales
- con ingresos adecuados
- con protección social
- con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación[4]

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La desigualdad de las partes en el derecho procesal del trabajo". En: Rev. *Derecho Laboral*. Tomo XXIX, Nº 141, Montevideo, marzo de 1986, p. 31.

(3) ERMIDA URIARTE, O. "Trabajo decente y formación profesional". En: *Boletín de Cinterfor*. Nº 151, OIT, Montevideo, 2002, pp. 9 a 11.

(4) OIT. *Trabajo decente*, Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

Trabajo decente es en definitiva un trabajo con derecho protegidos, un salario adecuado y una suficiente protección social. De tener que resumir el concepto con una única idea, diríamos que el trabajo decente es trabajo digno.

Podemos agregar que el **trabajo decente es una meta:** Más que un concepto definido es un marco, una meta para la definición de políticas sociales y laborales

A vía de ejemplo, podemos expresar que trabajo decente es trabajo con salud y seguridad en el trabajo, trabajo con adecuadas condiciones laborales y ambientales, aquel que no daña la vida y la salud de los trabajadores satisfacer las necesidades de producción del mercado. La seguridad en el empleo es destacada por algunos documentos ya citados del Director General, en los que se subraya que "el trabajo decente necesita seguridad".

Trabajo decente es también trabajo con adecuada formación. Actualmente la formación profesional es considerada como un derecho fundamental de los trabajadores –recogida como tal en múltiples Pactos y Declaraciones de derechos humanos, así como en creciente número de Constituciones–, y al mismo tiempo como un instrumento económico que forma parte de las políticas de empleo y de las estrategias de productividad y competitividad de las empresas. Si a esto se suma que en la sociedad del conocimiento el papel de la educación, la formación y la formación continua son esenciales, ese claro que no es posible, hoy, apuntar a una construcción del trabajo decente sin la necesaria formación profesional(5).

Finalmente, como ha expresado Sommavia, el trabajo decente es una plataforma para impulsar el diálogo para el diálogo y para generar compromisos políticos en torno a los "objetivos del trabajo decente"(6).

2. Derechos humanos

Los derechos laborales pertenecen "genéticamente" a la categoría de los derechos humanos, porque son derechos ligados estrechamente a la condición humana. En efecto, como ha expresado Hugo Sinzheimer**,** "quien presta un trabajo, no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu". En el laboralismo uruguayo, Mantero ha afirmado que **todo trabajador por el hecho de ser persona tiene derecho a ser protegido en el goce de sus derechos laborales y de seguridad social, en tanto se trata de derechos humanos fundamentales que, por ser tales,**

(5) ERMIDA URIARTE O. Ob. cit., p. 11 y ss.

(6) OIT. *Trabajo decente*. Ob. cit.

se encuentran indisolublemente ligados a efectos de la protección de la dignidad humana[7].

La calificación de los derechos laborales como derechos humanos encuentra su elaboración más fina en la obra que Barbagelata publica en el año 2009 y que titula *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*[8].

Hoy nadie discute que **los derechos laborales forman parte del acervo de los derechos humanos fundamentales**, y consideramos que esta afirmación lleva de la mano a otra idea: **la defensa de ese derecho humano que es trabajo lleva inexorablemente a la realización del concepto de trabajo decente**.

III. ACTUALIDAD DEL DEBATE DE LOS DERECHOS LABORALES COMO DERECHOS HUMANOS

El debate sobre los derechos laborales fundamentales –en la doble vertiente, de derechos específicos e inespecíficos– ha adquirido en la actualidad un interés indudablemente desconocido en el pasado.

La construcción de una dogmática laboral fundada en el reconocimiento de una desigualdad económica que hace de uno de los contratantes –el empleador– la parte fuerte y del otro –el trabajador– la débil, comenzó a perfilarse en la segunda década del siglo pasado (Preámbulo de la OIT, Constitución de Querétaro, Constitución de Weimar, etc.). Al más alto nivel normativo, se fueron declarando los principales derechos laborales (jornada, salario, descansos, etc.), que establecieron las necesarias tutelas, que el trabajador debía tener ante el mayor poder del empleador. El legislador –a nivel constitucional y legal– fue reconociendo la necesidad de proteger el bien o valor "trabajo", y de algún modo "el desarrollo de la disciplina procurará marcar la intensidad, la fuerza, la amplitud y la profundidad de las tutelas laborales"[9]. De este modo la normativa del trabajo buscó un equilibrio compensatorio entre las desigualdades propias de las partes.

(7) MANTERO O. *El derecho a migrar.* FCU, Montevideo, 2010.

(8) BARBAGELATA H. H. *El paritcularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales.* FCU, Montevideo, 2009.

(9) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Los principios del Derecho del Trabajo.* 3ª ed. act., Buenos Aires, 1998, p. 45.

Esta evolución es conocida por todos y llega a nuestros días, a través de un desparejo proceso, que alterna momentos de mayor protección con otros de flexibilización.

¿Qué es lo que determina que hoy el estudio de los derechos fundamentales del trabajo adquiera un interés desconocido en el pasado? ¿Porque en los eventos internacionales, en los cursos de posgrado, en los congresos el tema de los derechos humano laborales o del llamado "bloque de constitucionalidad" se plantean con especial insistencia?

En realidad detrás de la cuestión de los derechos humanos fundamentales –como detrás de todo gran tema del Derecho del Trabajo– existe un planteo teórico, que responde a una indiscutible posición ideológica ante la disciplina, que opone a quienes tienden a defender a la empresa con aquellos que promueven una concepción tuitiva del Derecho del Trabajo, para neutralizar los poderes del empleador. Es esta dualidad de enfoque que plantea lo que llamamos las "paradojas" de los derechos fundamentales laborales, y que resumimos en tres singularidades:

a) La paradoja entre el alto nivel jurídico de estos derechos y su efectiva aplicación: veremos que existe una tendencia –particularmente acentuada en nuestro continente– que las normas de mayor jerarquía en materia laboral (Constitución, Convenios de la OIT, tratados internacionales, etc.) ceden frente a norma locales de menor jerarquía. En muchos casos las reglas de los documentos supranacionales se vuelven mera expresión de retórica.

b) La paradoja entre un número creciente de derechos fundamentales reconocidos internacionalmente y una realidad que no construye las condiciones necesarias para otorgar una "garantía de efectividad"(10) a estos derechos. Más altisonantes son los derechos y menor favorables parecen ser las condiciones económicas y sociales necesarias para su implementación.

c) La paradoja entre sociedades nacionales que muestran con orgullo su cuadro de derecho constitucionales protectores del trabajo, pero que promueven al mismo tiempo políticas públicas y –en especial laborales– en claro contraste con esos preceptos fundamentales: un examen de la contratación atípica o de la flexibilización de la

(10) La afortunada expresión pertenece a ROMAGNOLI U. Ver GHEZZI G. y ROMAGNOLI U. *Il rapporto di lavoro*. Bologna, 1989, p. 16.

normativa laboral es una señal evidente de esta diferencia que se produce entre un discurso retórico de los derechos laborales fundamentales y una realidad que sigue promoviendo la explotación del trabajo en términos duros.

En el desarrollo de este trabajo pretendemos aportar contenidos al concepto de "derechos fundamentales laborales específicos", analizando su génesis, las características, la aplicación y en especial tratando de expresar cuán necesario es dar vida a un debate que en definitiva constituye la estructura central de las tutelas del trabajo, que miradas en perspectivas son en definitiva, tutelas del ciudadano. Entenderemos como **derechos fundamentales laborales específicos**, aquellos que, recogidos en las Constituciones y en los grades pactos internacionales, "tienen –al decir de Palomeque– su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente), obvio es reconocerlo, en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de los derecho **específicamente** laborales (derechos específicos), de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, etc.)"[11]. Calificaremos, con Sagardoy, los **derechos fundamentales laborales inespecíficos** como aquellos derechos que se atribuyen con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales **inespecíficos**. "Son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral"[12]. Entre estos encontramos los derechos a la dignidad, libertad, igualdad, no discriminación, intimidad, etc., que impregnan la vida de la persona también en ocasión de la relación de trabajo.

(11) PALOMEQUE, M. C. "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", publicado en A.V. Sempere Navarro director y R. Martín Jiménez coordinador, *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid , 2003 y recopilado en *Derecho del Trabajo y Razón Crítica* (libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López, en su vigésimo quinto aniversario como catedrático), Salamanca, 2004, p. 163 y ss.

(12) SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cuadernos Civitas, Thomson - Civitas, Madrid, 2005, p. 13, cit. Por CASTELLO, Alejandro, ob. cit., p. 266.

IV. LAS LIBERTADES PÚBLICAS Y PRIVADAS

La evolución de las tutelas jurídicas del ciudadano se produjo a partir del nuevo modelo de relaciones entre los ciudadanos y el Estado, que emerge de las revoluciones americana y francesa.

La llamada "primera generación" de derechos fundamentales se vincula con las primeras constituciones liberales que reconocen derechos que los individuos "reclaman ante y contra la sociedad y los poderes que la gobiernan"[13].

Como expresa Ugarte Cataldo, las garantías constitucionales de esta primera época –la versión jurídica positiva de los derechos fundamentales– se expresan como prerrogativas que en el Estado liberal se acordaban para proteger al comerciante y propietario burgués de la invasión del poder público estatal. "Se trataba, en ese sentido, de "derechos del hombre individual, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado"[14]. El autor cita a Grimm, para quien "este nuevo estrato burgués, al que su función había configurado de forma más racional que tradicional, vio obstaculizado el creciente desarrollo de sus potencialidades por un orden basado en los limites estamentales, los vínculos corporativos y feudales y el paternalismo estatal, lo que hizo que comenzase a reflexionarse críticamente" y "sus exigencias, por tanto, podían formularse universalmente: libertad igual para todos"[15].

Los derechos fundamentales –en la perspectiva juspublicista del siglo XIX– nacen para defender al ciudadano contra los poderes públicos, con la finalidad de rechazar transgresiones y abusos del Estado representado en los gobiernos de turno. En esta primera concepción jurídica de los derechos fundamentales quedan al margen las relaciones entre privados, puesto que los vínculos entre estos en la sociedad civil están organizados sobre la base del principio de la autonomía contractual[16].

Es en las primeras décadas del siglo XX que se van afirmando en las Constituciones y en los documentos internacionales, los derechos privados del ciudadano en relación a sus vínculos con los demás ciudadanos. Veremos más adelante

(13) VALDÉS DAL RÉ F. *Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajo*. Informe General del XVII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 2 al 5 de setiembre de 2003, AUDTSS, p. 38.

(14) UGARTE CATALDO, J. L. *Derechos Fundamentales y Trabajo.* En: Raso Delgue J (Director)/Castello A. (Coordinador) - "Derecho del Trabajo". Tomo 1, Montevideo 2012; el autor cita a SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 87.

(15) GRIMM, D. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid, 2006, p. 84.

(16) GHEZZI G. y ROMAGNOLI U. Ob. cit., p. 17.

que los derechos fundamentales laborales nacen como una forma de reacción no ya contra el Estado, sino contra la empresa. Son derechos que se otorgan al trabajador porque la situación de "trabajador subordinado" identifica una condición socioeconómica de dependencia incompatible con el principio de la igualdad efectiva[17]. Como expresa Palomeque, "la intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadoras, por lo tanto, de la (hasta ese momento absoluta) voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo, responde históricamente, como es sabido, a la necesidad social de canalizar el conflicto social surgido entre los antagonistas sociales emergentes. El nuevo cuerpo normativo integrador habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de desenvolvimiento compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa. Esta es la función histórica de la legislación del trabajo y, a la postre, no sin importantes mutaciones institucionales posteriores del propio Derecho del Trabajo"[18].

Jaime Martinez recuerda que los nuevos derechos sociales reclaman una eficacia pluridimensional: no solo frente al Estado (eficacia vertical), sino frente a los particulares (eficacia horizontal), porque los derechos fundamentales –como enseña la doctrina alemana– no solo pueden ser lesionados por el Estado, sino también por los particulares, especialmente por los investidos de poder social o económico. En tal sentido y con expresa relación a Venezuela –agrega– "la eficacia horizontal se encuentra reconocida en dos disposiciones legales: la primera de ellas, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...) La otra disposición es el artículo 11 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone que los derechos consagrados en la Constitución en materia laboral, podrán ser objeto de la acción de amparo"[19].

Ugarte Cataldo señala acertadamente que la constitucionalización de los derechos humanos fundamentales marca un cambio muy significativo: la sustitución de una concepción formal de igualdad, por una material. Cita en tal sentido a Arango, quien expresa que "la realización de la igualdad ya no queda librada únicamente a las fuerzas del mercado sino que depende de la continua y deliberada

(17) GHEZZI G. y ROMAGNOLI U. Ob. cit., p. 16.

(18) PALOMEQUE C. "La función y la refundación del Derecho del Trabajo". En: *Relaciones Laborales*. Nº 13, Madrid, 2000, pp. 21-31, recopilado en *Derecho del Trabajo y Razón Crítica* ... Ob. cit., pp. 37 y 49.

(19) JAIME MARTÍNEZ, H. A. "Los derechos fundamentales de la persona del trabador (especial referencia al derecho comparado)". En: *Derecho del Trabajo*. Nº 5, Extraordinaria, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2008, pp. 613 a 649.

intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos"[20]. El objetivo de los derechos sociales está marcado por un compromiso igualitario, reconocido a nivel constitucional,: ya "no encajan con la idea de los derechos como libertad negativa propia del constitucionalismo político decimonónico y su objetivo evidente es aproximarse al ideal de igualdad material. En efecto, dichos derechos –sociales y/o económicos– "ante la desigualdad en el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada, para hacer posible una convivencia igual desde posiciones equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta"[21]. Y en esta voluntad constitucional de igualación –promovida a través de la afirmación de los derechos sociales–, el trabajo asume un rol central, puesto que es "el lugar central de integración social"[22].

Ese desarrollo jurídico se proyectará en los últimos años del siglo a la afirmación de los derechos del trabajo inespecíficos, es decir, derechos que no son estrictamente laborales, sino que todo ciudadano debe gozar y que revisten particulares características cuando debe asegurarse su goce en el ámbito de la empresa.

Por lo tanto, debe recordarse que los "derechos fundamentales laborales" (específicos o inespecíficos) no son una categoría cerrada, sino que –como expresa Valdés dal Ré– estos derechos van incorporando a su catálogo "nuevos intereses, bienes y expectativas, como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindicaciones y luchas de los individuos y de los grupos sociales en los que ellos se integran a fin de lograr mayores y más decentes espacios de igualdad y libertad[23].

V. LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

Como expresa Barbagelata, si bien el lapso de tiempo de consolidación del Derecho del Trabajo ha sido relativamente corto, "fue largo y empinado el camino que hubo que recorrer para que esta rama del Derecho alcanzara el desarrollo

(20) UGARTE CATALDO, J. L. Ob. cit., p. 91, quien cita a ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. U. Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 68.

(21) Ídem; el autor cita a PECES-BARBA, G. "Reflexiones sobre los derechos sociales". En: AA.VV. *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 92.

(22) Ídem; el autor cita a COURTIS, C. "Los derechos sociales en perspectiva". En: AA.VV. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p. 187.

(23) VALDÉS DAL RÉ, F. Ob. cit., pp. 38 y 39.

que actualmente tiene"[24]. Los cambios producidos en las condiciones de vida y de trabajo en las postrimerías del siglo XVIII, promovidos por los grandes inventos que desencadenaron la Revolución Industrial, el consiguiente sacudimiento social y económico que se produjo conocido como la **cuestión social** o la **cuestión obrera**, promovieron la atención de políticos y sociólogos a partir del mediados del siglo XIX para contrarrestar las condiciones penosas y hasta miserables de vida y de trabajo[25].

El insigne juslaboralista uruguayo destaca el comienzo del recorrido de la doctrina laboral en los primeros años del siglo XX, que en 1917 dará "un giro de vuelta espectacular cuando la Constitución de México incluyó su famoso artículo 123 que consagraba, a ese nivel, la protección del trabajo, como lo haría poco después (1919), la Constitución alemana de Weimar". Fue así –concluye Barbagelata– que apareció una segunda generación de derechos fundamentales, que incluyó los derechos sociales"[26].

Oscar Hernández Álvarez recuerda que la Constitución mexicana en su artículo 23 establece un catálogo específico de las normas mínimas de protección a los trabajadores, porque la Asamblea Constituyente de 1917 quiso evitar que los legisladores federales o estaduales promulgasen normas con un nivel de protección inferior. El art. 123, dividido en dos partes (la A relativa a los derechos de los trabajadores privados, con treinta y un párrafos o fracciones, y la B referida a los funcionarios públicos con 14 fracciones), más que una enunciación de garantías fundamentales, establece normas de aplicación inmediata, que abarcan desde el derecho de asociación profesional y de huelga, hasta la regulación detallada de aspectos tan concretos como el porcentaje de incremento de las horas extra o el procedimiento para establecer la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa[27]. Por el contrario la Constitución de Weimar de 1919 refiere a los grandes principios y garantías, expresando que el trabajo está bajo la protección particular del Estado y que se deberá crear un Derecho Unitario del Trabajo. Dicha Constitución destaca la importancia de la reglamentación internacional del trabajo y consagra una serie de derechos que el Estado deberá garantizar

(24) BARBAGELATA H.H., "El camino hacia la integración del Derecho del Trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia". En: *Derecho Laboral*. Tomo LI, Nº 232, Montevideo, octubre-diciembre de 2008, p. 725. Para profundizar el pensamiento de Barbagelata ver "Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista", FCU, Montevideo 2009.

(25) Ibídem, pp. 725 y 726.

(26) Ibídem, pp. 728 y 729.

(27) HERNÁNDEZ ÁLVAREZ O. "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo". En: *Estudios de Derecho del Trabajo - Dos Maestros*. Dos Homenajes (Oscar Hernández Álvarez y Napoleón Goizueta Herrera), Fundación Universitas, Barquisimeto, 2010, p. 144.

a los trabajadores: el derecho al trabajo, el deber del Estado de proveer la subsistencia de quienes no puedan acceder al mismo, la organización de seguros sociales, la participación de trabajadores y empleadores en la determinación de los salarios y las condiciones de trabajo[28].

Otro hecho relevante que se produce al final de la segunda década del siglo XX es la creación en 1919 de la OIT, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente[29]. Su Constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. La Constitución organizaba una estructura representativa de carácter tripartito y contenía ideas ya experimentadas en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901 y que habían sido promovidas a nivel teórico por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia[30]. En el Preámbulo de la Constitución se establecía la necesidad de establecer tutelas laborales y en especial, de promover normas sobre las siguientes cuestiones:

1. Reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la duración máxima de la jornada de trabajo y la semana;

2. Reglamentación de la contratación de mano de obra, la prevención del desempleo y el suministro de un salario digno;

3. Protección del trabajador contra enfermedades o accidentes como consecuencia de su trabajo;

4. Protección de niños, jóvenes y mujeres.

5. Pensión de vejez e invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;

6. Reconocimiento del principio de igualdad de retribución en igualdad de condiciones;

7. Reconocimiento del principio de libertad sindical;

(28) Ídem.

(29) RODGERS G., SWEPSTON L., LEE E. y VAN DAELE J. *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009.* Ginebra, 2009.

(30) Ídem.

8. Organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas similares[31].

Este cuadro básico de principios se proyecta a nuestros días e integra –según diremos más adelante– el cuadro básico de los derechos laborales fundamentales específicos.

Como ha expresado Valdés dal Ré, se produce a ambos lados del Atlántico la consolidación de un proceso de expansión de los derechos fundamentales del trabajador. "La utilización de la figura del trabajador como una situación jurídica atributiva de derechos sancionados como fundamentales por textos constitucionales –expresa el autor español– ha servido, por lo pronto para corregir algunos de los rasgos originarios del pacto social fundante del Estado moderno y, por lo mismo, para alterar las bases del propio Estado (...) La consideración de los trabajadores como miembros de un grupo social políticamente activo a efectos constitucionales no cambia la forma del pacto social; pero sí altera su estructura formal y sus contenidos materiales. La recepción por los textos constitucionales de unos derechos, los laborales, que no solo atribuyen expectativas de omisión de interferencias por parte de los poderes públicos, sino que también asignan expectativas de prestación cuya satisfacción pide el desarrollo de un programa sostenido de acciones y medidas políticas, muda la tradicional morfología de los derechos fundamentales"[32]. Se produce así –concluye el autor español– "el tránsito de una noción monista de derechos fundamentales (derechos de libertad) a otra dualista (derechos de libertad/derechos de prestación), en la que terminará normalizándose una subcategoría de derechos fundamentales, los derechos sociales, constitutivos del núcleo del Estado Social y Democrático de Derecho (...) La configuración por parte del constitucionalismo moderno de unos derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio del modelo de Estado; esto es, a la transformación de las relaciones entre Estado y Sociedad y de la función tipificadora de esas relaciones asignadas a las Constituciones. Estas ya no son solo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político; también son, y en parte nada desdeñable, un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos"[33].

El proceso de reconocimiento al más alto nivel constitucional e internacional de una serie de derechos humanos laborales –desencadenado a partir de esos primeros documentos que hemos señalado (Constituciones de Querétaro y

(31) Ídem.

(32) VALDÉS DAL RÉ F. Ob. cit., pp. 39 y 40.

(33) Ídem.

Weimar, y Constitución de la OIT)– será seguido por las Constituciones de los diversos países europeos y americanos, permitiendo reconocer a mitad del siglo XX la existencia de derechos fundamentales laborales a nivel internacional. Hernández Álvarez recuerda en América Latina las constituciones de Chile en 1925, Perú y Uruguay en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua y El Salvador en 1939, Cuba en 1940, y Guatemala y Ecuador en 1946(34). En cambio en Europa –y luego de la corta vida de la Constitución española de 1931 inspirada en la de Weimar– recién luego de concluida la guerra comenzará un proceso tímido de constitucionalismo social. Entre los textos se recuerda la Constitución francesa de 1946 (que enuncia principios sociales en el Preámbulo, pero no en el texto), la Constitución italiana de 1947, la de Luxemburgo de 1948 y la alemana de 1949. Más recientemente –en 1976 y 1978– Portugal y España incorporarán respectivamente derechos laborales en sus textos constitucionales(35).

El proceso de constitucionalización de los derechos laborales fue acompañado por los casi doscientos convenios internacionales del trabajo aprobado desde 1919 al presente y por la inclusión de muchos de estos derechos en tratados y pactos internacionales. Entre estos, se destacan en América Latina: a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10/12/1948); b) La Declaración Americana de los Derecho y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); c) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948); d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 16/12/1966; e) El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 16/12/1966); f) La Convención Americana sobre Derechos Humanos - "Pacto de San José de Costa Rica" (San José de Costa Rica, 22/11/1969); g) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - "Protocolo de San Salvador" (San Salvador, 17/11/1988); h) La Convención sobre los Derechos del Niño, (Naciones Unidas, 1989)(36). Esta reseña se completa con una multiplicidad de convenios bilaterales y multilaterales que los Estados han ratificado en materia de seguridad social.

Con especial referencia a los derechos fundamentales específicos, corresponde señalar la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Esta Declaración –aprobada en Ginebra por la Conferencia Internacional

(34) HERNÁNDEZ ÁLVAREZ O. Ob. cit., pp. 144 y 145.

(35) Ídem.

(36) Una importante recopilación de los textos de los documentos internacionales que incluyen normas laborales puede leerse en ERMIDA URIARTE, O. y RACCIATTI, O. C. *Derecho Internacional del Trabajo - Selección sistematizada de normas y documentos*. FCU, Montevideo, 2003.

del Trabajo el 19 de junio de 1998, por impulso del Director Juan Somavía[37]– es uno de los textos más importantes de la OIT y tiene como principal objetivo mínimo la ratificación y aplicación efectiva de los 7 Convenios Internacionales del Trabajo considerados fundamentales: libertad sindical y negociación colectiva (núms. 87 y 98), trabajo forzoso (núms. 29 y 105), lucha contra la discriminación (núms. 100 y 111) y edad mínima (núm. 138).

En la actualidad las Constituciones de todos los países incluyen derechos sociales y laborales, lo cual permite hablar en época moderna de la "constitucionalización de los derechos laborales fundamentales". De todos modos, y según veremos en el capítulo siguiente, lejos aún estamos en el mundo de poder afirmar la vigencia plena de estos derechos.

VI. LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES: TEORÍA Y REALIDAD

Como anunciábamos en las **paradojas** indicadas *supra* es posible reconocer diversas contradicciones que nacen de una cuestión a dilucidar: ¿los derechos laborales incluidos en textos de alta jerarquía –como los que hemos señalado– son meras declaraciones programáticas destinadas a dar indicaciones al legislador o deben considerarse concretos acto-reglas a aplicar a nivel de tribunales?

Barbagelata señala la importancia de este punto al recordar que si bien en América latina es generalizada la constitucionalización y la internacionalización de los derechos sociales y laborales, existe una tendencia –antigua en el tiempo– de considerar que estas normas no poseen real juridicidad y deben considerarse meramente programáticas. Por otra parte, ha existido en una parte importante de la doctrina la convicción de que los derechos económicos, sociales y culturales no poseen la misma jerarquía normativa que los derechos civiles y políticos[38]. Pero –sigue el juslaboralista uruguayo– "desde el último cuarto del siglo XX cobró cada vez mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez jurídica de tales disposiciones de las constituciones políticas, en el entendido, como afirmaba Justino Jiménez de Aréchaga, que no solo **constituirá un deber para el Estado le-**

(37) Juan Somavia –chileno– fue elegido noveno Director General de la Oficina Internacional del Trabajo por el Consejo de Administración de la OIT el 23 de marzo de 1998. Asumió su mandato de cinco años el 4 de marzo de 1999, convirtiéndose así en el primer representante del hemisferio sur en dirigir la Organización. En marzo de 2003, Somavia fue reelegido para un segundo mandato de cinco años, y para un tercer mandato el 18 de noviembre de 2008.

(38) BARBAGELATA H.H. *El camino* ... Ob. cit., p. 730.

gislar en el sentido de tales disposiciones, sino que además, estas ofrecerán un criterio de interpretación de derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio. En el mismo sentido, García de Enterría sostenía que **no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo**"[39].

Por l o tanto el desafío actual del jurista laboral no es tanto el de promover el reconocimiento formal de los derechos fundamentales del trabajo, sino el de construir una doctrina que dé a la declaración formal de los derechos el necesario aterrizaje a la realidad. Un derecho –por más fundamental que sea–, pero que solo se limitara a ser una afirmación retorica, no sería en definitiva un verdadero derecho, una real regla con auténtico valor normativo.

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, expresamos que **los derechos laborales forman parte del acervo de los derechos humanos fundamentales**, y es por tal motivo que su reivindicación constituye una **herramienta decisiva en la defensa de ese derecho humano general, que es en definitiva el derecho al trabajo decente**.

El concepto de trabajo decente no es una noción retórica y programática, sino que debe constituir el centro del debate para la reafirmación de los derechos laborales en el plano de la realidad. En época de crisis del trabajo y de los derechos de los trabajadores, es necesario asegurar el valor del trabajo decente, que se expresa en el reconocimiento no solo de los derechos fundamentales específicos –ya sea individuales, que colectivos– sino también de aquellos que se atribuyen al trabajador como expresión de su condición de ciudadano. Tampoco debemos olvidar que –como afirma la Memoria Anual de 1999 denominada "Declaración sobre Trabajo Decente"– entre los requisitos de un modelo social con trabajo decente debe incluirse la promoción del diálogo social y la creación de un ambiente apto para recibir el aporte de los empleadores, de los trabajadores y de otras categorías sociales. Para ello es también indispensable establecer políticas públicas que favorezcan el respeto de los principios de libertad sindical y de asociación, con relación a los respectivos actores sociales.

(39) BARBAGELATA H.H. *El camino ...* Ob. cit., p. 730 y 731, quien cita a JIMÉNEZ DE ARECHAGA J. *La libertad sindical,* FCU-OIT, Montevideo, 1980, pp. 62 y 63 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, 1991, p. 71.

LA GUARDIA DE RETÉN EN EL DERECHO LABORAL URUGUAYO

DANIEL RIVAS[1]

PRÓLOGO

Entre las actividades que desarrolló Mario Pasco Cosmópolis durante su fructífera y generosa vida, estuvo la de servidor público. Durante su gestión como ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, se aprobó el Reglamento de la Ley Nº 28.4566 del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico que, naturalmente, incluyó el trabajo de guardia de retén[2].

Este artículo, que recoge buena parte de la exposición realizada en el Grupo de los Miércoles en julio de 2012, existe gracias al amigo.

I. DENOMINACIÓN

Con las denominaciones "trabajo sobre llamada" o "en periodo de disponibilidad inmediata a petición"[3], "turnos de guardia y disponibilidad"[4],

(1) Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Economía de la Universidad de Montevideo. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) Título III, De la jornada laboral y del trabajo del Tecnólogo Médico, Capítulo II, Del trabajo de guardia, artículos 33 a 37.

(3) OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2005, Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, párrafo 48, p. 20 (en adelante se citará: CEARC, Horas de trabajo)

(4) OIT, Medición del tiempo de trabajo, Informe II, 18ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, 2008, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, párrafo 61, p. 19.

"reperibilità"[5], "l'astreinte"[6], "guardia de retén"[7], se distingue una modalidad de trabajo en la que el trabajador está en su domicilio o en otro lugar distinto del lugar de trabajo, y puede ser fácilmente ubicable si se necesitara que concurriera a la empresa para ejecutar la prestación laboral[8].

Esta modalidad de trabajo se presenta en actividades en las que es necesario asegurar la continuidad de servicios que no pueden interrumpirse o hacer frente a eventos o exigencias que pueden presentarse en horas o días en que la actividad es reducida y no pueden ser solucionados por el personal que se encuentra trabajando.

Tradicional entre el personal médico y paramédico de las instituciones asistenciales[9] se va extendiendo a otras actividades industriales, comerciales y de servicios[10].

(5) En Italia esa denominación es utilizada, por ejemplo, en el Regolamento del servizio di reperibilità, aprobado por la Giunta comunale de Vicenza n. 404 del 13.12.2006. Véase: Wikilabour, voz al cuidado de Giampaolo Furlan e Ylenia Vasini, <http://www.wolo;abpir.it/Reperibilit%C3%A0%20(orario%20di%20laboro).ashx)>. También en la jurisprudencia italiana se utiliza esa denominación.

(6) En Francia, PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. "Código de Trabajo, art. L3121-5". En: *Droit du travail*. 23ª ed., Precis Dalloz, Paris, 2006, p. 1048.

(7) En Perú, el Decreto Supremo Nº 024-2001-SA que reglamenta la ley de trabajo médico y regula dicho trabajo en el Sector Público Nacional, y en el Sector Privado en lo que fuere aplicable, artículos 22 y 26, y el Decreto Supremo Nº 012-2008-SA que reguló e trabajo del profesional de la salud tecnólogo médico, arts. 33 a 37, se refieren a la guardia y al servicio de retén.

En Uruguay, la denominación guardia de retén es de uso habitual en los laudos del Consejo de Salarios y decretos sobre salarios del personal médico y paramédico, y en la jurisprudencia.

(8) GARMENDIA, Mario. "Sistematización de jurisprudencia sobre horas extras". In: Giuzio, Graciela (coord.). *Temas prácticos de Derecho Laboral*, Montevideo, FCU, 1999, p. 51, señala que "consiste en que el trabajador, si bien dispone relativamente de su voluntad, –pudiendo desarrollar con cierta soltura otras actividades– permanece alerta a los llamados o convocatorias de la empresa o de clientes de esta, a los que debe atender en las mismas condiciones que lo haría en un día de trabajo normal".

GANDINI, Ana Laura y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Rafael. "El 'guardia de retén': contribución al estudio del 'tiempo efectivo de trabajo', monografía para el curso de Postgrado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre 'Regulación en el tiempo de trabajo', dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en el año 2011, Montevideo, (inédito), señalan que "Se conoce como 'guardia de retén' o servicios de localización, aquellos en los que el trabajador, aún cuando no esté presente en su lugar y puesto de trabajo, se encuentra en situación de disponibilidad que hace posible su localización y presencia inmediata cuando fuese requerido".

(9) Cuya jornada no está limitada legalmente. La limitación surge de disposiciones contenidas en decisiones de los Consejos de Salarios (que si bien se referían a la medida de la remuneración, han sido interpretadas como límites de la jornada o ciclo semanal de trabajo), decretos del Poder Ejecutivo sobre categorías salarios y convenios colectivos de trabajo.

(10) Alcanzados por las leyes sobre jornada de trabajo y los convenios internacionales de trabajo Nºs 1 y 30.

II. EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE GUARDIA DE RETÉN

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al describir el periodo de trabajo "sobre llamada", señala que comprende, en general, las situaciones en que el empleador exige que **el trabajador permanezca en su hogar o en un lugar determinado, o que pueda ser contactado telefónicamente en el caso en que se requiera que concurra a trabajar**(11).

El Código de Trabajo francés define a *L'astreinte* como un periodo durante el cual el empleado, **sin estar a disposición permanente e inmediata** del empleador tiene la **obligación de permanecer en su domicilio o en sus cercanías** para **poder intervenir para realizar un trabajo** al servicio de la empresa(12).

En Italia, en el ámbito de la negociación colectiva nacional en la administración pública aplicable al personal universitario, se define la *reperibilitá*(13) como la obligación del trabajador de **estar en condiciones de ser fácilmente ubicable, fuera de su horario de trabajo, en vista de una eventual prestación de trabajo y de llegar en un lapso breve, al lugar de trabajo** para realizar el trabajo requerido(14).

(11) CEACR, Horas de trabajo…, párrafo 48, p. 20. En nota 3 incluye las siguientes variantes: Por ejemplo, puede exigirse que: (a) un trabajador se encuentre comprendido en la tarea sobre llamada en los locales del empleador (como los médicos en instalaciones de alojamiento cercana), o (b) el trabajador permanezca en su hogar u otro lugar designado (que limita las actividades que puede realizar el trabajador durante ese tiempo), o (c) el trabajador puede desplazarse libremente y llevar a cabo diversas actividades ordinarias en la medida en que se encuentre en contacto telefónico y pueda responder a la llamada para acudir al trabajo.

(12) Article L3121-5. "Un période d'astreinte s'entend comme une période pendat laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise".

"La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif"

Article L3121-6. " Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2".

Article L3121-7. "Les astreintes sont mises en place par convention ou accord collectif de travail étendu ou par accord d'entreprise ou d'établissement, qui en fixe le mode d'organisation ainsi que la compensation financière ou sous forme de repos à laquelle elles donnent lieu. A défaut de conclusion d'une convention ou d'un accord, les conditions dans lesquelles les astreintes sont organisées et les compensations financières ou en repos auxquelles elles donnent lieu sont fixées par l'employeur après information et consultation du comité d'entreprise ou, en l'absence de comité d'entreprise, des délégués du personnel s'il en existe, et après information de l'inspecteur du travail".

Article L3121-8 "La programmation individuelle des périodes d'astreinte est portée à la connaissance de chaque salarié concerné quinze jours à l'avance, sauf circonstances exceptionnelles et sous réserve que le salarié en soit averti au moins un jour franc à l'avance".

(13) Traduzco como disponibilidad.

(14) En aplicación del artículo 56 del Convenio Colectivo nacional de Trabajo de 16/10/2008, en el reglamento sobre la "reperibilità" de la Universitá degli Studi di Milano (decreto del Director Administrativo no. 25632 de 25 de mayo de 2009), se dispone que: "La reperibilità è una prestazione di carattere strumen-

El Reglamento de la Ley de trabajo médico peruano dispone que la guardia de retén tiene una duración de 12 horas y se efectúa por médico-cirujanos cuya especialidad no está comprendida en el equipo básico. El médico "programado en guardia de retén" está "exceptuado de presencia física permanente" y debe permanecer "en disposición de ser llamado por el Jefe del Equipo de Guardia durante el turno correspondiente"[15].

En Uruguay, el Laudo del Consejo de Salarios para el Grupo No. 15, Servicios de Salud y Anexos, de 23 de abril de 2014, que fijó el régimen de guardia de retén del personal de enfermería y de los conductores de automóviles o ambulancias, "entiende por retén, la situación de **disponibilidad para acudir al trabajo a requerimiento** de la empresa, a cualquier hora en las siguientes situaciones: (...)" "El trabajador **debe permanecer ubicable en todo momento**, disponiendo para ello de los medios técnicos que la empresa le proporcione" (numeral 23),

Para la Suprema Corte de Justicia la guardia de retén consiste en la obligación del trabajador de "**no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio**, y estar **preparado para la eventualidad de salir a trabajar** a causa de un llamado **urgente**"[16].

III. LOS CARACTERES DE LA GUARDIA DE RETÉN

1. El lugar de permanencia del trabajador

1.1. El trabajador permanece en su domicilio o en un lugar determinado

Durante la guardia de retén el trabajador puede estar en su domicilio o en un lugar determinado y debe haber reasumido su libertad en relación con la

tale ed accessorio che consiste nell'obbligo del laboratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciabile, fuori dall'ordinario orario di lavoro, e di poter raggiungere in un breve lasso di tempo il proprio luogo di lavoro per seguirvi la prestazione richiesta, qualora si presenti una effetiva ragione di necessità".

Véase también, Furlan y Vasini, Reperibilità … cit.: " La reperibilità è l'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato, fuori dal proprio orario di lavoro, in vista di una eventuale prestazione lavorativa e di raggiungere, in breve tempo, il luogo di lavoro per eseguire la prestazione richiesta".

(15) Decreto Supremo Nº 024-2001-SA, artículos 18 y 22.

(16) Suprema Corte de Justicia, Sentencia Nº 198, 21/9/98, en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1998, caso 476.

obligación de ejecutar las tareas, aunque en forma parcial, pues está obligado a responder a las eventuales convocatorias para realizar el trabajo.

Por eso, no es guardia de retén la situación en que la permanencia del trabajador en su domicilio no le permita reasumir su libertad en la medida en que continúe desempeñando sus tareas en forma normal, aun cuando lo haga en los tiempos que elija.

En los casos en que el domicilio del trabajador consiste en una vivienda contigua al establecimiento proporcionada por el empleador o en una habitación, cocina y baño ubicados dentro del establecimiento o en una vivienda ubicada en una plantación, se deberá examinar si el trabajador está obligado o no a ejecutar sus tareas.

La permanencia del trabajador en el domicilio o en lugar determinado debe estar inexorablemente acompañada de la libertad en relación con la obligación de ejecutar las tareas, con el límite referido (atender las eventuales convocatorias).

1.2. La permanencia del trabajador en el establecimiento del empleador no se califica como guardia de retén

Si el trabajador permanece en el establecimiento del empleador o un lugar impuesto por este, aunque no realice tareas y se encuentre esperando una eventual convocatoria, la jurisprudencia ha considerado que no se trata de una guardia de retén[17].

Sin embargo, no es la mera permanencia del trabajador en el establecimiento el dato relevante para excluir la situación concreta del régimen de guardia de retén, sino que **dicha permanencia debe serle impuesta por el empleador**.

(17) Ese ha sido el criterio de la Suprema Corte de Justicia, cuando resolvió el caso de los trabajadores forestales, que integraban la cuadrilla de prevención y combate de incendios, además, de la ejecución de tareas de fertilización, de limpieza y colocación de herbicidas, y pernoctaban en el establecimiento, y "(...) no podían regresar a sus respectivos hogares, ya que debían permanecer en el establecimiento listos para intervenir en caso de peligro" (resaltado agregado).

"De esta forma, independientemente de que si los trabajadores eran llamados o no para extinguir algún foco ígneo, cabe destacar que la disponibilidad de su fuerza de trabajo a la orden de su empleadora, no puede parangonarse con la que se da, por ejemplo, en los servicios médicos, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en dicha hipótesis, los componentes de la cuadrilla no aguardaban en sus casas la llamada para acudir a trabajar, sino que estaban a la orden de la empresa en su propio lugar de trabajo. (Sentencia Nº 4001 de 17/10/2011. En: *Anuario de Jurisprudencia Laboral*. 2011, caso 359 (resaltado agregado).

En Francia, la jurisprudencia ha interpretado literalmente el artículo L 3121-5: cuando los trabajadores están obligados a permanecer en los locales impuestos por el empleador, sea que se trate del lugar de trabajo o de una vivienda próxima a aquel, son considerados en tiempo de trabajo efectivo incluso cuando solamente estén disponibles para responder a un llamado de intervención eventual (PELISSIER, et ál., Ob. cit., p. 1048).

Si la permanencia del trabajador en el establecimiento del empleador o en otro lugar determinado, no estuviera impuesta por el empleador y fuera un modo de satisfacer el interés del trabajador[18], no parecería razonable excluir la situación del régimen de la guardia de retén[19].

1.3. El trabajador debe estar fácilmente ubicable

La permanencia del trabajador en su hogar o en un lugar el lugar determinado no es suficiente para caracterizar a la guardia de retén. En efecto, si durante la guardia de retén reasume parcialmente su libertad respecto de la ejecución de las tareas, va de suyo que puede no estar en su domicilio ni en un lugar determinado, sino paseando, en el cine o realizando cualquier otra privada. Por eso, cualquiera sea el lugar donde se encuentre, es fundamental que el trabajador pueda ser ubicado fácilmente.

De manera que aparece como un elemento característico de la guardia de retén, que el trabajador, cualquiera sea el lugar donde se encuentre o permanezca, esté **en condiciones de ser ubicado,** para realizar el trabajo que se le requiera[20].

---

(18) Sería, por ejemplo, el caso común de un médico que vive en Montevideo y cuando debe realizar una guardia de retén en otro departamento de la República, con el fin de no pagar un alquiler o un hospedaje, le pide autorización a la institución médica para pernoctar en el "cuarto médico" ubicado en el Sanatorio.

(19) Al menos, en el caso del personal que no está comprendido en el ámbito de aplicación de las normas sobre limitación de la jornada en la industria, el comercio y los servicios.

(20) El criterio se encuentra en varias sentencias. Así, para el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 4 turno, "Surge de autos en que consiste la guardia de retén, y la forma en que se cumplen estas 128 horas, debiendo la actora estar ubicable, en su domicilio o donde quiera estar, debiendo concurrir al Sanatorio si se requieren sus servicios, y siendo normal que pase días sin que se la llame si no se la necesita. (...)

"(...) el trabajador cumplía estas horas que reclama como extras, fuera de la empresa, en su domicilio o en un lugar ubicable" (JLT 4, Sentencia Nº 100, 17/09/1996, AJL 1996-1997, c. 962).

El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2 turno, en la Sentencia Nº 63, 11/3/97, consideró el caso de una trabajadora que "(...) desempeñaba en la demandada dos cargos, A) el de técnico en radiología en la Clínica Radiológica de lunes a viernes de 12.30 a 16.30 horas por un total de 80 horas mensuales, y B) el de técnico en radiología en guardia de retén por 128 horas mensuales, incluyendo días feriados. Por este último cargo se le abonaba de acuerdo a lo previsto por el Decreto Nº 258/87 del 26/05/1987".

"De acuerdo con el decreto citado y a lo que emana de autos, los denominados guardias de retén poseen características especiales, donde el trabajador no tiene obligación de permanecer en un determinado lugar, pero sí de estar en comunicación de forma tal que si es llamado puede ser ubicado y concurrir a la convocatoria" (AJL 1996-1997, c.).

La Suprema Corte de Justicia, en la sentencia Nº 198, 21/09/98 consideró que: "Estar de "guardia de retén" implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente" (AJL 1998, c. 476).

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3 turno, en el caso de una trabajadora en la sección Coordinación Administrativa del Servicio de Internación Domiciliaria de la demandada, que desde 1996 realiza ciertas guardias domiciliarias, mediante la utilización de un celular proporcionado por la empresa, las cuales le son abonadas a razón de $17 la hora de acuerdo a lo convenido, y reclama la diferencia que corresponde al recargo de la hora extra, considero que: "(...) la tarea cumplida por la actora durante las guardias de retén, en las que permanece en su casa o donde la plazca atenta a las llamadas que puedan

2. El tiempo de la guardia de retén

En relación con el tiempo, la guardia de retén puede coincidir con el periodo de actividad normal de la empresa, o desarrollarse durante los periodos en que dicha actividad disminuye o cesa totalmente.

Durante el periodo de actividad normal de la empresa, es posible que además del personal que trabaja en su jornada habitual y de aquel que realiza horas extras, algunos trabajadores realicen, como única actividad, guardia de retén.

En los periodos en que la actividad empresarial disminuye o cesa totalmente, puede haber trabajadores que después de cumplir su jornada habitual o ciclo semanal de trabajo realicen guardia de retén(21) y trabajadores que únicamente realizan guardias de retén.

De manera que no es una característica de la guardia de retén que sea realizada fuera del horario habitual de trabajo, aunque en algunas actividades y profesiones, esta circunstancia aparezca en la definición(22).

La distinción entre la situación del trabajador que solamente realiza guardia de retén y la del trabajador que además de trabajar durante su horario habitual o ciclo semanal de trabajo, realiza la guardia de retén, es necesaria para la calificación del tiempo que a ella dedica: "horas de disponibilidad pasiva", "horas normales de trabajo". "horas extras", "trabajo en día de descanso", "horas extras en días de descanso"(23).

---

producirse al celular para evacuar alguna consulta, no es la misma que desarrolla dentro de la institución en su horario normal de trabajo de 7 a 14 horas, por obvio que ello resulte. Y como dice, en las guardias de retén se le está remunerando la eventualidad de que tenga que atender algún llamado. No es lo mismo estar en la casa con la posibilidad de atender un llamado telefónico que en las que estar efectivamente trabajando en la sede de la institución determinada cantidad de horas" (TAT 3 Sent. Nº 136, 25/04/2007, AJL 2007, c. 341)

(21) Así, en el caso de los técnicos en oftalmología, por necesidades del Servicio se podrán combinar horarios de policlínicas y/o sala de operaciones y guardia de retén a cumplir por los técnicos en oftalmología, no superponiéndose horarios. (Dec. 258/87 del 26 de mayo, art. 16).

(22) En el Decreto Nº 258/987, se define la guardia (sea interna como de retén) del técnico en radiología como "la actuación funcional mayor de 4 horas diarias fuera de los horarios normales de policlínicas radiológicas en la Institución de que se trate, de lunes a viernes y en todas las horas de los días sábados, domingos y feriados".

(23) En Uruguay, en virtud de las leyes 15.996 sobre horas extras y 7.318 sobre descanso semanal. El TAT 1º, Sent. 288, 24/10/2007, plantea la distinción, cuando señala que "(...) estas guardias se realizaban antes y después de la hora de trabajo, por lo que no se puede considerar que el exceso no creara mayor penosidad en la actividad, pues no es el caso de las guardias que se desarrollan en algún tipo de actividad en días específicos, donde además no se trabajó, casos en los que podría ser distinta la solución, pues en esos casos hasta podría suceder que no realizara ninguna actividad en todo el día, pero en el caso de autos se sumaba a la tarea en el horario legal, la falta de disponibilidad del tiempo a su voluntad por un tiempo mayor a la realización de la propia tarea".

2.1. Trabajador que únicamente realiza guardia de retén

En las actividades en que la guardia de retén está regulada, se fijan límites temporales diarios, semanales, y mensuales y, por lo general, no se distingue entre el tiempo de espera de la eventual convocatoria y el tiempo de intervención o ejecución de la prestación.

La distribución del tiempo de trabajo diario y semanal, y del tiempo de descanso del trabajador que solo realiza guardia de retén, deriva de las normas sectoriales(24) y comprende el periodo en que permanece a disposición del empleador a la espera del llamado, el periodo de descanso, y el periodo en que es convocado y realiza efectivamente la tarea.

2.2. Trabajador que además de su horario habitual de trabajo realiza guardia de retén

En estos casos, luego de haber trabajado durante la jornada habitual o durante el ciclo semanal, el trabajador realiza guardia de retén.

Esta situación es la que ha generado controversias en la jurisprudencia uruguaya en relación con el concepto de "trabajo efectivo" y la calificación de las horas de retén, con incidencia sobre su remuneración.

3. La justificación de la guardia de retén

En la Sentencia Nº 198 de 21 de setiembre de 1998, la Suprema Corte de Justicia, al describir la guardia de retén, incluyó la urgencia de la convocatoria como uno de sus caracteres(25).

La decisión del Consejo de Salarios para el personal no médico de los Servicios de Salud y Anexos, admite la guardia de retén cuando hay que asegurar la

(24) El Decreto Nº 258/987, por ejemplo, fija un límite diario de 24 horas para los técnicos instrumentistas quirúrgicos; un límite semanal de una guardia de 24 horas cada 7 días para los técnicos en oftalmología; un límite mensual de 130 horas para los técnicos transfusionistas, las parteras, 128 horas mensuales para los técnicos en radiología.

La decisión del Consejo de Salarios del 23 de abril de 2014, fija un mínimo de 6 horas diarias y un máximo mensual de 144 horas.

El convenio colectivo de trabajo del 20 de setiembre de 1993, aplicable al personal médico que trabaja en las instituciones de asistencia médica del interior del país, prevé hasta 240 horas mensuales de guardia de retén para algunas especialidades, y hasta 360 horas mensuales en otras.

(25) "Estar de 'guardia de retén' implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente". (SCJ, Sent. Nº 198, 21/09/1998, AJJL 1998, caso 476).

continuidad de los servicios, se deben cubrir servicios de baja demanda, o es preciso supervisar el funcionamiento de determinadas áreas[26].

Las situaciones de emergencia son las que justifican el "servicios de 'reperebilità' en Italia, relacionados con los sectores de actividad en los cuales es necesario asegurar la continuidad de los servicios[27].

El recurso al trabajo en régimen de guardia de retén encuentra su justificación en la necesidad de asegurar el funcionamiento ininterrumpido de determinadas actividades, preservar las condiciones de seguridad y prevención de riesgos, hacer frente a situaciones urgentes, supervisar determinados sectores, cubrir servicios de baja demanda, entre otras razones.

4. La actividad que desarrolla el trabajador durante la guardia de retén

Mientras el trabajador no es convocado, puede realizar diversas actividades sociales, culturales, religiosas, de servicio, deportivas, políticas, ajenas al trabajo, o dedicar su tiempo al descanso[28].

Eventualmente, dentro de los límites legales, el trabajador podría realizar actividades laborales por cuenta propia o por cuenta ajena para otro empleador, salvo pacto en contrario o que pudiera incurrir en concurrencia desleal, y siempre que no le impidieran cumplir con la obligación de estar ubicable, atender el llamado o la convocatoria y realizar el trabajo solicitado.

Además del límite anteriormente señalado, pueden existir otras limitaciones. En algunos casos no podrá consumir alcohol o drogas que pudieran impedirle, en caso de ser llamado, cumplir con la tarea. Deberá estar ubicable. No deberá

(26) Numeral 23, literal a.1) Personal asistencia que actuara como colaborador en técnicas médicas tales como: endoscopías, hemodinamia, imagenología, diálisis, cateterismo vesical, aneurisma de aorta de urgencia, transplantes, ostomizados y otras que sean acordadas por la Comisión de Categorías laborales; a.2) Servicios específicos de baja demanda como puede ser conductores profesionales, así como otros servicios que se acuerden en la referida comisión; a.3) Licenciados de Enfermería con funciones específicas de Supervisión del Departamento de Enfermería.

(27) En el reglamento de la Universitá degli Studi di Milano, se establece que "L'istituto della reperibilità è previsto exclusivamente per i settori de attività per i quali è necesario assicurare la continuità dei servizi, anche a fronte di exigenze/evento imprevedibili, ivi compreso il servicio degli autisti per le figure apicali dell'Ateneo".

(28) "En el presente caso, por el contrario, no existió desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la trabajadora, que durante las guardias de retén bien pudo estar en su casa descansando, mirando la televisión o leyendo un libro, –a la espera de algún llamado de la mutualista–, y no ser convocada nunca." (SCJ, Sent. Nº 43 de 10/03/1999, en: AJL 1999, caso 729).

En las guardias de retén, por el contrario, no existe el desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la actora, que durante las mismas bien puede estar en su casa descansando, mirando televisión o leyendo un libro, a la espera de algún llamado, que puede no producirse (TAT 3, S. 136, 25/04/2007, en: *AJL* 2007, caso 341).

alejarse del domicilio o de un determinado lugar, al punto que le resulte imposible, en caso de ser convocado, concurrir en tiempo hábil a realizar el trabajo.

IV. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR

El consentimiento del trabajador es necesario, en todo caso. Sea que el trabajador únicamente realice guardia de retén, sea que además de su trabajo normal (diario y semanal), se obligue a realizar guardia de retén[29].

V. LA DISTINCIÓN DENTRO DE LA GUARDIA DE RETÉN ENTRE PERIODOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PERMANECE A DISPOSICIÓN DEL EMPLEADOR SIN REALIZAR EFECTIVAMENTE UN TRABAJO, PERIODOS DE DESCANSO Y PERIODOS DE TRABAJO

1. Los tres periodos

El régimen de trabajo en guardia de retén no está previsto expresamente en los Convenios Internacionales de Trabajo Nºs 1 y 30[30].

Para la Comisión de Expertos, debería distinguirse "entre periodos de trabajo, periodos de descanso y periodos en que el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo".

Sostiene la Comisión que "los criterios de "estar a disposición del empleador" no exigen que se esté "exclusivamente" a esa disposición y al parecer, permite al trabajador utilizar parte de su tiempo en sus actividades personales o, para expresarlo de otro modo, la utilización de la frase "a disposición del empleador" no impide que el trabajador pueda realizar algunas actividades personales. La cuestión es en qué medida el trabajador se ve limitado a realizar actividades personales durante las horas de atención continuada, para ser considerado que está

(29) Leyes Nºs 15.996 y 7.318. En Francia, la jurisprudencia considera, con base en el artículo L3121-7, que refiere a la fuente que establece la guardia de retén, que cuando es establecida por convenio colectivo, el trabajador está obligado a realizarla. (Soc. 13 de febrero de 2002). En cambio, cuando la guardia de retén se establece por decisión del empleador, el trabajador tiene derecho a rechazarla (Soc. 13 de febrero 2002). (PÉLISSIER, et all. Ob. cit., pp. 1049 y 1049).

(30) CEARC, Horas de Trabajo, cit., p. 20.

efectivamente a disposición del empleador. Esto deberá considerarse según las circunstancias de cada caso. De ese modo, el tiempo transcurrido "sobre llamada" puede o no considerarse como "horas de trabajo" en el sentido de los Convenios, según la medida en que el trabajador vea limitada la posibilidad de realizar actividades personales durante ese periodo. Sin embargo, debería hacerse hincapié que cuando ese tiempo se calcula como "horas de trabajo", el trabajador tendrá derecho a recibir una remuneración por ese tiempo por concepto de "horas de trabajo" (incluidas las horas extraordinarias). Si ese periodo de tiempo no se considera como "horas de trabajo", el trabajador tendrá derecho de todos modos a percibir algún tipo de remuneración, en reconocimiento del tiempo transcurrido "sobre llamada", siempre que se hayan establecido claramente las condiciones del trabajo "sobre llamada"[31].

2. El trabajo efectivo en la legislación uruguaya

Las leyes sobre jornada de trabajo en el Uruguay no regularon el régimen de guardia de retén.

La Ley Nº 5.350 de 17 de noviembre de 1915, conocida como la ley de 8 horas, que no comprende a todos los trabajadores de la actividad privada, pues su órbita de aplicación abarca a la industria y el comercio[32], dispone que "El trabajo efectivo de los obreros…, no durará más de ocho horas por día".

Para "medir la verdadera dimensión de la jornada máxima de trabajo", resulta esencial definir qué se entiende por "trabajo efectivo"[33].

El decreto reglamentario del 27 de octubre de 1957, artículo 6, dispuso que: "A los efectos del cómputo de las horas de trabajo se considera trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad o está presente en su puesto respectivo o a la disposición de un patrono o superior jerárquico, salvo las excepciones expresadas en los artículos siguientes, a lo que dispongan reglamentos especiales, en materia de trabajos de temporada o estación o intermitentes, que pueda dictar el Ministerio de Industrias y Trabajo".

(31) CEARC. *Horas de Trabajo*. Ob. cit., p. 21.

(32) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Curso de Derecho Laboral*. Tomo III, Vol. I, Montevideo, Ed. IDEA, 1988, pp. 11 y 12: "Esto significa dejar al margen otras actividades como pueden ser (...), las entidades de asistencia médica, la enseñanza privada y, en general, todos aquellos sectores que no pueden ser calificados ni de industriales ni de comerciales".

(33) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I, Montevideo, FDCS, 1965, p. 124; *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Vol. 2, Montevideo, FCU, 2007, p. 52.

De los tres criterios indicados por Montenegro Baca[34], la reglamentación se situó en una posición intermedia[35], el Poder Ejecutivo "optó por el segundo criterio"[36] de la dependencia en sentido restringido, conforme al cual "la jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo".

Luego de analizar las excepciones previstas en los artículos 7 a 9 del decreto, Plá Rodríguez concluye que la "(...) interpretación reglamentaria –ubicable dentro del segundo criterio expuesto por Montenegro Baca, o sea el de la dependencia restringida- coincide con la expresada en el artículo 2 del Convenio Internacional del Trabajo Nº 30: "A los fines del presente convenio, se considera como jornada de trabajo el tiempo durante el cual el personal está a disposición del patrono: serán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halla a disposición del patrono".

> "Queda descartado, entonces, el tercer criterio y resuelto negativamente el problema planteado por Montenegro Baca de si debe computarse el tiempo insumido en el viaje al trabajo o del trabajo (...)"[37].

De Ferrari, Plá Rodríguez y Barbagelata, en forma coincidente, entendieron que el artículo 6 del decreto del 29 de octubre de 1957 optó por el criterio de la dependencia en sentido restringido, esto es, por el criterio conforme al cual "la jornada abarca todo el tiempo que **el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo**, (...)" (resaltado agregado).

(34) *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Tomo I, Trujillo, pp. 5 a 37, cit. por Barbagelata en las obras citadas, p. 124, nota 21, p. 52, nota 24, respectivamente, distingue: "a) El criterio del tiempo efectivo de trabajo, según el cual la jornada de trabajo solo abarca el tiempo en que el trabajador efectivamente presta su esfuerzo al empleador, que según aclara, daría lugar en caso de aplicarse, a "saltantes injusticias"; b) El criterio de la dependencia en sentido restringido que sostiene que la jornada abarca todo el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, que habría sido pohijado en el Acuerdo de Londres de 1926 y está respaldado por una importante corriente de doctrina y derecho comparado; c) Criterio de la dependencia en sentido amplio, dentro del que se cuenta "el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo sino también fuera de él". Según este último criterio que defiende el autor citado, "la jornada de trabajo hay que medirla desde el momento en que el laborante sale de su domicilio para ir al trabajo, hasta que reingresa a su casa", o sea que se integra con el *tempus in itinere*. Con todo el propio Montenegro Baca admite que la fijación de os salarios en relación a ese tiempo puede plantear problemas de difícil solución".

(35) DE FERRARI, Francisco. *Derecho del Trabajo*. Tomo III, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 60; BARBAGELATA. *Derecho* ..., Ob. cit., p. 52, nota 24.

(36) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Curso* ... Ob. cit., p. 16.

(37) PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Curso* ... Ob. cit., p. 17. En el mismo sentido DE FERRARI, *Derecho* ... Ob. cit. p. 60.

Ese temperamento surge de la interpretación sistemática del artículo 6 y siguientes, que establecen la regla y las excepciones.

La regla de la dependencia restringida, recogida en el artículo 6, implica que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo.

Las excepciones previstas en los artículos 7 y 8, que se mantienen dentro del criterio indicado, reducen el alcance del concepto de trabajo efectivo.

La excepción prevista en el 9, en cambio, es una concesión al tercer criterio de la dependencia en sentido amplio y extiende el alcance del concepto de trabajo efectivo al único caso en que el trabajador no está dentro del centro de trabajo: el tiempo *in itinere*(38).

3. Pertinencia de la distinción de los tres periodos

La distinción de tres periodos dentro de duración de la guardia de retén (periodo durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo, periodo de descanso y periodo de trabajo), es pertinente, pues el tratamiento jurídico debe ser diferente en cada caso.

3.1. El trabajador no es llamado ("disponibilidad pasiva")

La decisión del Consejo de Salarios del Grupo Nº 15, Servicios de Salud y Anexos, del 23 de abril de 2014, siguiendo el criterio doctrinario, estableció que "El tiempo que el funcionario permanece ubicable y no es convocado a trabajar, sin perjuicio de estar a disponibilidad **no se considera tiempo de trabajo efectivo**"(39) (resaltado agregado).

(38) CONTRA GANDINI, A. L. y RODRÍGUEZ GUSTÁ, R. "El 'guardia de retén'…". Ob. cit., capítulo V.

(39) En Francia se distingue entre el tiempo de espera o disponibilidad pasiva y el tiempo dedicado a la intervención solicitada. El tiempo de espera no es un tiempo de trabajo efectivo. Si bien la Corte de casación decidió que no era un tiempo de reposo (Soc. 10 de julio de 2002), la ley Fillon de 17 de enero de 2003, en cambio, dispuso que, con excepción de la duración de la intervención, el periodo de guardia es tomado en cuenta para el cálculo de los periodos mínimos de descanso diario y de descanso semanal (art. L 3121-6). (PÉLISSIER. Et all., Ob. cit., p. 1048. En nota 4 señalan que el Comité Europeo de derechos sociales (CEDS) estima que la imputación de tiempo de guardia al tiempo de descanso constituye una violación del artículo 2 § 1 de la Carta social europea (decisión del 28 de enero de 2005). Pero el Comité de ministros no adoptó una resolución en virtud de esta violación. Se contentó con tomar nota de la relación (Resolución del 4 de mayo de 2005).

En Italia, algunos tribunales consideraron que el periodo de disponibilidad no es equivalente a una efectiva prestación de trabajo. La disponibilidad realizada en el día de descanso semanal, no equivaliendo a una efectiva prestación de trabajo, limita solamente, sin excluirlo totalmente, el goce del descanso y conlleva el derecho a un tratamiento económico adicional establecido por la negociación colectiva, o en su defecto, determinado por el juez (Tribunal de Milán 31/05/2010). En el mismo sentido Trib. Genova, Sez. Lavoro, 17/10/2008; Pret. Torino, 02/10/1988) <http://www.wikilabour.it/Reperibilit%C3%A0%20(orario%20di%20lavoro)>.

La mayoría de la jurisprudencia uruguaya no distingue entre disponibilidad pasiva o activa y sostiene que el tiempo dedicado a la guardia de retén es "trabajo efectivo" en los términos del artículo 6 del decreto del 29 de octubre de 1957(40).

La excepción fue la sentencia del Juzgado Letrado del Trabajo 4, que consideró que el retén pasivo no era trabajo efectivo(41).

Conforme a la interpretación del concepto "trabajo efectivo" realizada por los profesores De Ferrari, Plá Rodríguez y Barbagelata, el **periodo comprendido dentro de la guardia de retén durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador fuera del centro de trabajo y sin ejecutar las tareas, no es trabajo efectivo**(42).

3.2. El periodo de descanso

Naturalmente, no constituye trabajo efectivo el periodo que el trabajador dedica al descanso dentro de la guardia de retén.

3.3. El trabajador es llamado y resuelve la cuestión telefónicamente o concurre al establecimiento a prestar las tareas

Es trabajo efectivo el tiempo dedicado a la prestación de las tareas.

La Corte de Casación tiende a excluir que se pueda equiparar la disponibilidad con la prestación de trabajo en sentido estricto <http://www.di-elle.it./index.php?url=/consultazione/300_risposte_3/orario_di_lavoro_755/view?755/>.

(40) La Suprema Corte de Justicia consideró que "ese tiempo, debe computarse como trabajo efectivo, conforme lo previene el artículo 6 del decreto reglamentario de la ley 5.350 de 29/10/1957". (SCJ, Sent. Nº 198, 21/099.98, AJJL 1998, caso 476; Sent. Nº 196, 19/9/2001, AJL 2001, caso 568. En el mismo sentido, TAT 1, Sent. Nº 216, 08/09/2000, AJL 2000, caso 718; Sent. Nº 288, 24/10/2007, AJL 2007, caso 340)

"… si bien las horas trabajadas en guardia de retén se consideran trabajo efectivo, por lo cual se pagan, no se las identifica con las horas extra de labor que el trabajador cumple en su lugar de trabajo como extensión de la jornada diaria" (TAT 3, Sent. 136, 25/4/2007, AJL 2007, caso 341).

(41) "Se coincide con la demandada en la afirmación de que no hay en nuestro derecho positivo norma que regule lo que se denomina trabajo a la orden y que lo que regula es el concepto de trabajo efectivo que regula el art. 6 del decreto del 29 de octubre de 1957.

"(...) el actor tenía durante las horas a la orden una flexibilidad en sus actividades que la empresa no controlaba directamente, ni prohibía que las realizara. (...).

"(...) no puede afirmarse que el tiempo que el actor permanecía ubicable para la empresa se puedan denominar horas extras. Porque no constituye tiempo efectivo de trabajo ya que la empresa no tiene sobre el mismo la disponibilidad, que caracterizan las normas del derecho laboral y el decreto reglamentario. Se le pagaban como tal las horas que trabajaba efectivamente. (También Sentencia Nº 100, 17/09/1996, AJL 1996-1997, c. 962, siguiendo la Sentencia Nº 10 del JLT 9, Contarin, en AJL 1992, c. 860) (JLT 4, Sentencia Nº 94, 05/09/1996, AJL 1996-1997, caso 961).

(42) Gandini y Rodríguez Gustá sostienen que se trata de trabajo efectivo (Ob. cit., capítulo VI).

VI. LA REMUNERACIÓN DE LA GUARDIA DE RETÉN

1. Criterios para determinar la remuneración

La remuneración de la guardia de retén se determina en función de diversos criterios que tienen en cuenta la frecuencia de las eventuales convocatorias y/o la ejecución efectiva de las tareas.

Puede consistir en una suma fija de dinero por toda la guardia de retén(43) o una suma fija más complementos por cada convocatoria(44), tomando en consideración de este modo la distinción, dentro de la duración de la guardia de retén, entre periodos en los que el trabajador permanece a disposición del empleador sin realizar efectivamente un trabajo(45), y periodos de trabajo.

(43) En el Decreto Nº 258/987 se fijan los criterios para remunerar las guardias de retén de los distintos técnicos: Técnico instrumentista quirúrgico, con una carga de 24 horas diarias y 130 mensuales, las horas de guardia de retén se pagarán de acuerdo al arancel hora que resulte de la división del sueldo base mensual entre 390. Además se percibirá el destajo que establece el Laudo para el Grupo 40 a partir de la vigencia del mismo. La Partera, tiene un límite de 130 horas mensuales, y el salario por hora es equivalente al 75 % del salario hora de la partera de guardia interna. Técnico en Laboratorio Clínico, también tiene un máximo 130 horas mensuales, que se pagarán de acuerdo al arancel que resulte de la división del sueldo mensual base entre 152.

(44) Por ejemplo, el Técnico en oftalmología, que debe realizar 1 guardia de 24 horas cada 7 días, y solo atiende trabajos urgentes, percibirá además por cada orden una compensación equivalente al 3 % del sueldo base. El Técnico en radiología, con un máximo de 128 horas mensuales, por las horas de guardia de retén percibirá el equivalente a sueldo base dividido por 128 y, además, percibirá por cada estudio especializado una compensación extra equivalente al 3 % del sueldo mensual y por cada estudio simple el 1 % del sueldo mensual (Decreto 258/987).

La guardia de retén del personal de enfermería y de conductores de vehículos se pagará al 50 % del valor de la hora de la categoría correspondiente. El tiempo de prestación de las tareas se pagará con el 100 % del valor de la hora de la categoría correspondiente. (Decisión del Consejo de Salarios del Grupo 15, Servicios de Salud y Anexos, del 23 de abril de 2014).

En el caso del personal médico con especialidades quirúrgicas, que realiza guardia de urgencia a la orden, el máximo mensual es de 175 horas (en el interior del país puede ser hasta 240 o 360 según la especialidad) y la retribución comprende un sueldo fijo por la guardia de retén determinado en función de la probabilidad de las convocatorias (cirugía general, 0,80 del sueldo base médico; traumatología, 0,65 del SBM, Ginecología, 0,55 del SBM y otras especialidades quirúrgicas, 0,50 SBM, más un complemento variable según el número de órdenes (de consulta, quirúrgicas) presentadas durante la guardia, que supera en un 30 % el valor de la orden por cirugías coordinadas, y su valor depende de la complejidad del acto quirúrgico.

En Perú, cuando se requiere la presencia física del médico-cirujano en servicio de retén, se le abonará el 100 % de los porcentajes previstos para la bonificación por trabajo de guardia ordinaria, y en caso contrario se le abonará solo el 25 % (art. 26 del Decreto Supremo Nº 024-2001-SA, del 21 de julio de 2001. En el caso de los Tecnólogos Médicos, cuando se requiera su presencia física, se le abonará el 100 % de la bonificación correspondiente a la jornada de guardia por el tiempo efectivo de labor (art. 35 del Decreto Supremo Nº 012-2008-SA).

(45) Así, cuando el periodo de disponibilidad pasiva o el periodo de descanso, "(...) no se considera como "horas de trabajo", el trabajador tendrá derecho de todos modos a percibir algún tipo de remuneración, en reconocimiento del tiempo transcurrido "sobre llamada", siempre que se hayan establecido claramente las condiciones del trabajo "sobre llamada". (OIT. *Horas de Trabajo* ... Ob. cit., p. 21).

La remuneración puede variar si se superan los límites máximos diarios, semanales o mensuales de la guardia de retén.

Cuando el trabajador es convocado y ejecuta la prestación de trabajo, la remuneración puede variar en función de otra distinción, que tiene en cuenta si el trabajador solamente realiza guardia de retén, o si esta última es realizada luego que el trabajador cumplió su jornada diaria o su ciclo semanal de trabajo[46] [47].

Tratándose del trabajador que solamente realiza guardia de retén, se tendrá que examinar si el tiempo dedicado al trabajo efectivo, en aquellos casos en que la jornada diaria o semanal esté limitada, superó dichos límites.

Cuando el trabajador realiza la guardia de retén, además del trabajo durante su jornada habitual, se deberá examinar si el tiempo de trabajo efectivo ha superado o no la jornada normal de trabajo o si se realizó durante el día de descanso.

2. La remuneración de la guardia de retén en la jurisprudencia

La jurisprudencia uruguaya está dividida en relación con la remuneración de la guardia de retén durante los días hábiles o días que no corresponden al descanso semanal del trabajador.

Una parte de la jurisprudencia no distingue entre horas de disponibilidad pasiva y horas de intervención o prestación efectiva de las tareas y considera que el tiempo dedicado a la guardia de retén, cuando supere la jornada normal de trabajo, debe remunerarse como horas extras, pues el trabajador no dispone libremente de su tiempo[48].

---

(46) Esta hipótesis está prevista en la decisión del Consejo de Salarios referida en la nota anterior: "En caso de función de retén, si la convocatoria es dentro de las 3 primeras horas de finalizada la jornada habitual de trabajo, se le abonará el valor hora retén por cuatro". "Si la convocatoria es a partir de la tercera hora de finalizada la jornada habitual de trabajo, se le abonará el valor hora retén por dos" (numeral 23, lit. f).

(47) La posibilidad de que el trabajador no goce el descanso semanal debido al desempeño de la guardia de retén, se limitó en el literal g) que dispone: "Para el caso de que el trabajador cumpla una doble función, la función de retén deberá respetar al menos el 50 % de los libres mensuales del cargo diario fijo".

(48) "El suscrito redactor dijo en su voto que la ley de horas extras es de orden público no siendo admisible un criterio que estimara una tarea anexa, que no tuviera tal carácter. Si el actor estaba a la orden al desempeñar las guardias de retén, ese tiempo le debe ser remunerado como horas extras (…)".

No es cierto que las guardias de retén hubieren sido correctamente abonadas, no siendo excesivo calificarlas como horas extras. "Estar de guardia de retén implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un llamado urgente. El trabajador en esa situación no dispone libremente de su tiempo, porque aunque no hubiere sido llamado para trabajar, igualmente se encuentra 'a la orden' de la empresa, y ese tiempo debe computarse como trabajo efectivo, conforme lo previene el artículo 6 del D.R. de la Ley Nº 5.350 del 29/10/1957" (*AJL* 1998, c. 476).

Otra parte de la jurisprudencia, incluida la Suprema Corte de Justicia, sin hacer la distinción mencionada, han entendido, sin embargo, que el tiempo de guardia de retén no debe remunerarse como hora extra, pues el trabajador dispone libremente de su tiempo, aun cuando sea en forma parcial[49].

Luego de citar la Sent. Nº 100 de 10/09/1996 en *AJL* 1996-1997, c. 962, dice: "Por el contrario, entiende la Sala, dicha flexibilización de actividades, o la eventual ausencia de efectividad del trabajo, no obsta a la real subordinación del guardia de retén, quien permanece sometido a la posibilidad de ser convocado, y entonces no dispone libremente de su tiempo; aunque su empleador no necesite momentáneamente sus servicios. Como lo ha dicho la distinguida Juez a quo, según la suma jurisprudencial correspondiente: "el concepto de 'estar a la orden' se fundamenta en que, si el salario es un 'forfait', el patrono debe abonarse aunque el servicio no se preste por un hecho no imputable al trabajador. No corresponde poner a cargo del trabajador los riesgos de la empresa" (AJL 1996-1997, c. 963). Pero es que, como lo explica Barbagelata, (Derecho del Trabajo, p. 152): "Según el D.R. vigente debe entenderse por trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad y está a disposición de su patrono o superior jerárquico (…)"(AJL 1996-1997, C. 961). Vale decir: el guardia de retén, no es responsable de la no prestación en concreto, de las tareas propias de instrumentista quirúrgico porque eventualmente no hubiere sido convocado a Sala de operaciones por su empleador, quien no queda relevado de su obligación de pago salarial correspondiente, a quien se le subordina permaneciendo a la orden." (TAT 1, Sent. Nº 216, 8/9/2000, *AJL* 2000, c. 718 ; TAT 1, Sent. Nº 288, 24/10/2007, AJL 2007, c. 340; Sent. 288, 24/10/2007, en *AJL* 2007, c. 341) (resaltado agregado).

"(…) las guardias de retén generan, cuando exceden las ocho horas, horario extraordinario que debe ser pagado por el empleador, ya que no existe libre disponibilidad del trabajador respecto a su fuerza de trabajo, sino que esta está afectada virtualmente, en forma latente, a la demanda de prestación de servicios por parte del patrón" (JLT 9, Sent. Nº 40, 24/04/2008, caso 626) (resaltado agregado).

(49) "(…) el trabajo cumplido por los demandantes en guardia de retén, por tratarse de otro cargo desempeñado en la misma institución, además del que cumplían en la policlínica, no cabría que fuera considerado como trabajo extraordinario en relación al realizado en la policlínica. (JLT 3, Sentencia Nº 71, 7/8/96, AJL 1996-1997, c. 1092)

"(…) no puede afirmarse que el tiempo que el actor permanecía ubicable para la empresa se puedan denominar horas extras. Porque no constituye tiempo efectivo de trabajo ya que la empresa no tiene sobre el mismo la disponibilidad, que caracterizan las normas del derecho laboral y el decreto reglamentario. Se le pagaban como tal las horas que trabajaba efectivamente".

"Que las partes pudieran haber acordado el pago de alguna indemnización por este tiempo, hubiera sido resorte de las partes, pero no constituye hoy los resultados necesarios para decir que ese tiempo es hora extra" (JLT 4, Sentencia Nº 94, 05/09/1996, AJL 1996-1997, c. 961; Sentencia Nº 100, 17/09/1996, *AJL* 1996-1997, c. 962) (resaltado agregado).

"La actora desempeñaba en la demandada dos cargos, A) el de técnico en radiología en la Clínica Radiológica de lunes a viernes de 12.30 a 16.30 horas por un total de 80 horas mensuales, y B) el de técnico en radiología en guardia de retén por 128 horas mensuales, incluyendo días feriados. Por este último cargo se le abonaba de acuerdo a lo previsto por el Decreto Nº 258/87 del 26/05/1987".

"De acuerdo con el decreto citado y a lo que emana de autos, los denominados guardias de retén poseen características especiales, donde el trabajador no tiene obligación de permanecer en un determinado lugar, pero sí de estar en comunicación de forma tal que si es llamado puede ser ubicado y concurrir a la convocatoria".

"Se coincide con el Dr. Plá Rodríguez en la consulta que se agrega en autos en que: 'La guardia de retén supone una situación especial que no puede equipararse a la del trabajo ordinario' (f. j. 75 punto 3).

Resulta que mientras se desempeñan guardias de retén, 'el trabajador pierde parte de la posibilidad de disponer de su tiempo porque no puede alejarse mayormente de la zona donde trabaja y debe concurrir a los llamados en el caso que se le efectúen.

Pero no pierde totalmente la libre disponibilidad de su tiempo porque mientras no es llamado puede desarrollar otras tareas, cumplir guardias, ejercer otras actividades (…)'. Es sabido que muchos de los técnicos que actúan bajo este régimen superponen al mismo otras tareas, guardias o responsabilidades (ff. jj. 76/77), o que emana del aporte probatorio de autos (…)".

"La actora percibió sus retribuciones por las guardias de retén de acuerdo a lo previsto por el Decreto 258/1987, por lo que no puede admitirse que se generaron las diferencias reclamadas por el pago parcial de horas extras, no siendo equiparable el periodo de trabajo en guardia de retén con el periodo trabajado, resultando procedente confirmar la sentencia recurrida en dicho aspecto" (TAT 2, Sentencia Nº 63, 11/03/1997, AJL 1996-1997) (resaltado agregado).

En el caso de una Técnica radióloga que en policlínica trabajaba de lunes a viernes de 12 y 30 a 16 y 30 horas (cuatro diarias, según decreto 258/987). Además, a partir de los días 23 de cada mes, hacía 128 horas mensuales de guardia de retén, incluyendo días feriados y reclama diferencia de salarios, pues las guardias de retén debían liquidarse como horas extras, la Suprema Corte de Justicia consideró que "(...), a pesar de que comparte la opinión de la recurrente en cuanto a que –conforme al concepto de hora extra resultante del artículo 1 de la Ley Nº 15.996– la misma se configura aún cuando la prolongación de la jornada de trabajo limitada legal o convencionalmente se deba al cumplimiento de tareas correspondientes a un cargo diferente, rechazará sin embargo el recurso interpuesto.

"Es claro que –de conformidad con el decreto 258/987– aunque la impugnante no fuera convocada ninguna vez igualmente debía pagársele el salario correspondiente; más ello no impone extender al caso el especial régimen retributivo de las horas extras".

"(…) Como correctamente afirma el Tribunal, si bien quien realiza tales guardias no tiene la obligación de permanecer en un determinado lugar y puede eventualmente realizar otras tareas, es claro que pierde parcialmente la disponibilidad de su tiempo, porque no puede alejarse mucho de la zona en que trabajo, y debe estar permanentemente en comunicación con su empleador para poder ser ubicado y concurrir ante cualquier llamado que se le efectúe desde la empresa. Incluso la Corte –tratando el tema en relación al descanso semanal– ha dicho en su actual integración –y contrariamente a lo que expresaran en autos el Prof. Plá Rodríguez (consulta agregada) y los órganos de mérito– que media allí trabajo efectivo del dependiente en los términos previstos en el artículo 6 del decreto de 29/10/1957 (v. Sent. 198/98)".

"No obstante, la consideración de la *ratio legis* del fundamento del instituto de que se trata, resulta, a juicio de la Corporación, decisiva para desechar el agravio, al indicar que el caso en debate se encuentra solo en apariencia comprendido en la norma que invoca la impugnante".

"El régimen remuneratorio de las horas extras instituido por el inciso 2 del artículo 1 de la Ley Nº 15.96 tiene, en efecto, la finalidad de compensar al trabajador por la prestación de un esfuerzo mayor que en el tiempo ordinario, en tanto trabaja (porque se lo pide el empleador) más allá del horario previsto como higiénicamente adecuado, con el consiguiente desgaste y sacrificio de su tiempo libre, sin perjuicio del desestimulo del trabajo por encima del límite horario obviamente resultante de su mayor onerosidad para el empleador (...). En el presente caso, por el contrario, no existió desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio reclamado tardíamente por la trabajadora, que durante las guardias de retén bien pudo estar en su casa descansando, mirando la televisión o leyendo un libro, –a la espera de algún llamado de la mutualista–, y no ser convocada nunca".

"Nótese que –según refiere la recurrente el propio Decreto Nº 258/87 toma en cuenta esta circunstancia básica de la prestación convenida (menor intensidad de las obligaciones asumidas) al regular dos regímenes de trabajo diferentes para una misma técnica y establecer una mayor exigencia horaria para la percepción del sueldo base de la categoría en el caso de las 'guardias de retén' respecto de la labor desarrollada en policlínica o durante las guardias cumplidas en el local de la empleadora. Y este dato tampoco puede ser dejado de lado cuando se trata de decidir la inclusión del presente caso en el régimen de la Ley Nº 15.996".

"El principio de razonabilidad, que invoca la empresa ya al contestar (...) y que es especialmente fecundo para descartar una aplicación mecánica de los textos legales en aquellos casos en los cuales la norma no puede prever la infinidad de circunstancias que presenta la vida en el ámbito laboral (...) apoya la interpretación efectuada por los tribunales de mérito, en cuanto mantiene racionalmente el régimen retributivo de las horas extras de la Ley Nº 15996 dentro de los fines del instituto al rechazar la inclusión en el mismo del trabajo en guardia de retén" (SCJ, Sent. Nº 43 de 10/3/99, en *AJL* 1999, caso 729; Sent. Nº 196, 19/09/2001, AJL 2001, C. 568) (resaltado agregado).

En el caso de una trabajadora en la sección Coordinación Administrativa del Servicio de Internación Domiciliaria de la demandada, que desde 1996 realiza ciertas guardias domiciliarias, mediante la utilización de un celular proporcionado por la empresa, las cuales le son abonadas a razón de $17 la hora de acuerdo a lo convenido, y reclama la diferencia que corresponde al recargo de la hora extra, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3 turno consideró que "(...) si bien las horas trabajadas en guardia de retén

Cuando la guardia de retén se realiza en día del descanso semanal del trabajador, la Suprema Corte de Justicia ha considerado que se debe remunerar con el recargo del 100 % sobre el salario normal(50). En un caso el salario normal de la hora de guardia de retén sobre el que se calculó el recargo se había fijado en un 75 % del valor de la hora en días hábiles(51).

VII. CONCLUSIONES

1. La guardia de retén se caracteriza por la permanencia del trabajador en su domicilio o un lugar determinado, distinto del establecimiento del empleador y que no sea impuesto por este, fácilmente ubicable, de modo que pueda responder al llamado y prestar el trabajo requerido.

2. El tiempo durante el cual se realiza la guardia de retén puede coincidir con el periodo de actividad normal de la empresa o desarrollarse durante periodos en que la actividad disminuye o cesa totalmente.

3. El trabajador puede tener como única actividad la realización de la guardia de retén, o esta actividad puede añadirse al desempeño del trabajo durante la jornada habitual o el ciclo semanal de trabajo.

4. La justificación del instituto se encuentra en la necesidad de asegurar la continuidad de servicios que no pueden interrumpirse, el mantenimiento

---

se consideran trabajo efectivo, por lo cual se pagan, no se las identifica con las horas extra de labor que el trabajador cumple en su lugar de trabajo como extensión de la jornada diaria."

"La menor remuneración de la hora guardia de retén respecto a la hora extra se justifica plenamente por la menor intensidad de las obligaciones asumidas, por tratarse de dos regímenes de trabajo diferentes y porque es claro el mayor esfuerzo que significa la hora extra respecto a la hora guardia de retén".

"(...) la tarea cumplida por la actora durante las guardias de retén, en las que permanece en su casa o donde la plazca atenta a las llamadas que puedan producirse al celular para evacuar alguna consulta, no es la misma que desarrolla dentro de la institución en su horario normal de trabajo de 7 a 14 horas, por obvio que ello resulte. Y como dice, en las guardias de retén se le está remunerando la eventualidad de que tenga que atender algún llamado. No es lo mismo estar en la casa con la posibilidad de atender un llamado telefónico que en las que estar efectivamente trabajando en la sede de la institución determinada cantidad de horas" (TAT 3, Sent. 136, 25/4/2007, AJL 2007, c. 341).

(50) SCJ, Sent. Nº 198, 21/09/1998, AJL 1998, caso. 476.

(51) SCJ, Sentencia Nº 196 de 19/09/2001, en AJL 2001, caso. 248. Surge que la sentencia del Tribunal de Apelaciones había considerado que la auxiliar de enfermería que realizaba guardias de retén en los días de descanso y era remunerada a destajo por cada acto realizado, tenía derecho a la remuneración de todas las horas dedicadas a la guardia de retén, con excepción de 8 horas dedicadas al descanso nocturno y de dos horas dedicadas a actividades personales. Las restantes horas, estimo el Tribunal, debían abonarse, las 6 primeras con el 100 % de recargo, y las excedentes con el 150 % de recargo.

de condiciones de seguridad y prevención de riesgos, hacer frente a situaciones de urgencia, supervisar determinados sectores, cubrir servicios de baja demanda, entre otras razones.

5. Durante la guardia de retén, mientras el trabajador no sea convocado, puede realizar diversas actividades sociales, culturales, religiosas, deportivas, laborales por cuenta ajena o por cuenta propia, o descansar, dentro de los límites que le permitan estar fácilmente ubicable, y realizar el trabajo si es convocado.

6. Para que surja la obligación de realizar la guardia de retén, es imprescindible el consentimiento del trabajador.

7. La distinción de los periodos de disponibilidad pasiva, descanso y prestación de las tareas requeridas, es necesaria para determinar el tratamiento jurídico, en particular, la remuneración, de la guardia de retén.

8. Los periodos de disponibilidad pasiva y de descanso, comprendidos en la guardia de retén, no constituyen trabajo efectivo.

9. La remuneración de la guardia de retén generalmente se determina según criterios que tienen en cuenta la frecuencia de las eventuales convocatorias y/o la ejecución de las tareas.

   La remuneración puede variar si se superan los límites máximos diarios, semanales o mensuales de la guardia de retén.

   También puede variar si el trabajador que únicamente realiza guardia de retén, durante la prestación de las tareas requeridas superara el límite de la jornada habitual de trabajo o, tratándose del trabajador que realiza guardia de retén después de culminar su jornada de trabajo o el ciclo semanal, si cuando es convocado, el tiempo de la prestación de tareas supera aquellos límites.

10. La jurisprudencia uruguaya está dividida en relación con la remuneración debida al trabajador que realiza guardia de retén.

11. La expansión del trabajo en régimen de guardia de retén requiere, en vísperas del centenario de la ley de 8 horas, un adecuado tratamiento jurídico que, contemplando los particularismos de las diversas actividades y los caracteres del instituto, permita conciliar la protección del trabajador con las necesidades que satisface este régimen de trabajo y brinde certeza.

TRABAJO DECENTE, FORMACIÓN PROFESIONAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA: UNA TRILOGÍA INDISOCIABLE

"Dígase como introducción a la naturaleza de las modalidades formativas, que la formación profesional, como el trabajo mismo, es un derecho y un deber. En tanto que derecho del trabajador, genera para los empleadores la obligación de impartirla. En tanto que deber, impone al trabajador la obligación de capacitarse y concede al empleador la potestad de exigírselo"[1].

JORGE ROSENBAUM RÍMOLO[2]

I. PUNTO DE PARTIDA

Nuestro punto de partida ha de ser, paradójicamente, la conclusión a la que pretendemos arribar: no es posible concebir el trabajo decente sin formación profesional, y esta exige el consenso que aporta la autonomía colectiva.

(1) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Relaciones de trabajo especiales: el caso de las modalidades formativas". Ponencia presentada en el VI Congreso regional americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se realizó en Querétaro, México, del 14 al 17 de setiembre de 2004.

(2) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

Para explicar esta propuesta conclusiva, todo tiene su comienzo.

Resulta innegable, aun para sus más acérrimos detractores, la trascendencia que ha adquirido el derecho laboral, a través de su corta trayectoria histórica, en el marco de las ciencias jurídicas.

Esta disciplina, inherentemente social y antropocéntrica, ha sido puesta al servicio de la humanización y dignificación del trabajo de las personas, estructurándose en torno a un carácter protector del individuo que trabaja para obtener un sustento y del valor social que reviste esa prestación de actividad humana que es puesta al servicio de un tercero, por sobre su utilidad económica y material. No solo el trabajo "no es una mercancía, sino que es fuente de dignidad personal, es fuente de estabilidad, es factor de cohesión social"[3].

Su desenvolvimiento, aún en la encrucijada de tener que enfrentar marchas y contramarchas (fundamentalmente como consecuencia de fenómenos propios de la economía y el mercado), ha contribuido al progreso y la expansión de los ideales democráticos, fundados en la igualdad, la solidaridad y la libertad, que pertenecen al dominio de la conciencia universal.

Es por ello que al presente, el derecho del trabajo no puede ser interpretado sino en el marco de los derechos humanos fundamentales, y sus principios, normas y valores deben orientarse a centrar su objeto (el trabajo) y sus sujetos (trabajador, empleador y demás actores del mundo laboral) en el núcleo del cumplimiento de lo que aquellos encarnan para la persona y la sociedad.

II. EL TRABAJO DECENTE COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

1. Concepto de trabajo decente

La historia del trabajo es, como lo destaca De Buen, la historia del hombre, aun cuando ese trabajo haya sido valorado de formas tan diferentes a través de los tiempos[4]. Ello equivale a afirmar que el trabajo es consustancial con la

(3) Expresiones del ex Director General de OIT Juan Somavía, en entrevista de "El mundo. Es solidaridad", España, 07/10/2008.

(4) DE BUEN, Nestor. *Derecho del Trabajo*. Tomo 1, p. 15.

misma naturaleza humana, ya que el hombre no puede satisfacer sus necesidades si no es a través de un determinado trabajo(5).

El trabajo adquiere, pues, una naturaleza económica, desde el momento que "su utilidad es su productividad"(6). En definitiva, los hombres trabajan para producir, transformando la naturaleza pura, que no satisface o satisface mal las necesidades humanas(7).

Sin embargo, ese trabajo ha de ser concebido con arreglo a ciertos ideales que permiten reflejar la condición humana de una prestación económica, que no solo ha sido excluida del comercio de los hombres (al enunciarse –como ya fuera señalado– que "el trabajo no es una mercancía"(8), tratándose de un bien "social"), sino que además ha merecido la especial protección del orden jurídico internacional y nacional. Como sostiene Murgas, "no es cierto que el trabajador entrega su fuerza de trabajo al empleador, porque la misma es inseparable de él. Lo que aporta es actividad personal, en función productiva, actividad que se encuentra sometida a un poder jurídico de que dispone el empleador para dirigir la prestación del servicio"(9).

Grandi ha tenido el mérito de resumir esta proyección al señalar que con este enunciado o principio, se consagró definitivamente la categórica irreductibilidad del trabajo a un objeto de mercado, como un postulado fundamental de política protectora. Importa, a ese efecto, el enfoque evolutivo a partir del cual pasó a tenerse en cuenta la naturaleza especial del producto "trabajo", considerado sí como un bien económico, pero específico, por su inseparabilidad de la persona del trabajador(10).

La Constitución de la OIT de 1919 se preocupó por proclamar la urgencia en el mejoramiento de las condiciones de trabajo que entrañan grados de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, considerando que

(5) AARÓN, Benjamín. "Dix-huit lecon sur la societé industrielle", citado por Serrano Carvajal, Notas para una aproximación histórica del Derecho del Trabajo, en: *Rev. Política Social*. Nº 119, Madrid, setiembre de 1978.

(6) BARRÉ, Raymond. *Economía política*. Edición española, 1956.

(7) FOURASTIÉ, Jean. *¿Por qué trabajamos?* Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1965.

(8) Declaración de Filadelfia de 1944, que forma parte de la Carta de la OIT.

(9) MURGAS TORRAZZA, Rolando. "El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos". En: *Revista Derecho Laboral*. Nº 250, Montevideo, abril-junio de 2013, p. 261.

(10) GRANDI, Mario en *Evolución del pensamiento juslaboralista*. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo, 1997, p. 189 y ss.

la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social. Las leyes de mercado no pueden ser de aplicación estricta con relación al trabajo humano

El proceso de constitucionalización de los derechos sociales, generalizadamente ha situado al trabajo bajo la especial protección de la ley, procurando que los individuos accedan a la posibilidad de ganar su sustento a través de la aplicación de sus energías intelectuales o corporales, desarrollando una actividad económicamente productiva.

Durante muchos años, se concibió que ese trabajo esencialmente humano, ha de resultar digno, equitativo y socialmente justo, para lo cual la ordenación legislativa (normas heterónomas dictadas por el Estado) [(11)] y la autonomía colectiva (compuesta por las normas que genera la negociación entre sindicatos y empleadores y/o sus organizaciones), procuraron garantizar condiciones laborales, salariales, de contratación y de empleo adecuadas, buscando elevar la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias.

La crisis y el modelo neoliberal de fines del siglo XX, sin embargo, incorporaron una suerte de **reduccionismo economicista del "bien" trabajo**, lo que se refleja hasta en el propio lenguaje empleado en el discurso público[(12)], ya que al propulsarse las reformas orientadas al mercado, existió mayor preocupación por la evaluación de los indicadores y de las variables económicas, que por los contenidos éticos que aquel debería concitar. Con ello, fue quedando progresivamente relegado a un segundo plano el concepto de dignidad en el trabajo, así como la búsqueda de la equidad y la justicia, valores fundamentales de los derechos de la persona y del ciudadano, que la sociedad democrática contemporánea exige como componentes existenciales distintivos de su identidad.

Sin embargo, las iniquidades han provocado un efecto reflejo y, en la evolución de las ideas, surge un foco de preocupación común que comparten distintas corrientes de opinión, plasmado a través de elaboraciones, análisis y propuestas que comienzan a aflorar en el ámbito de las más diversas disciplinas que abordan

(11) Marcando la influencia que tuvo la OIT en el momento fundacional del Derecho del Trabajo latinoamericano, Humberto Villasmil Prieto destaca que "ese ciclo tiene otro momento estelar, ya no fundacional, digamos, sino de desarrollo. En la década de los años veinte, menos de 10 años después de la fundación de la OIT, se inicia en la América Latina el proceso de ratificaciones, al final masivo, (...) de instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo". En: *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del Derecho del Trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*. Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, diciembre de 2011, p. 6.

(12) Conf. BONETTO, María Susana y PIÑERO, María Teresa. "El discurso sobre el trabajo en Argentina". En: *Costos sociales de las reformas neoliberales en América Latina*. Universidade de São Paulo/ PROLAM y otras, Caracas, 2000, p. 64.

el estudio del mundo del trabajo. Ello ha sido notorio, muy especialmente, en el terreno de las ciencias sociales, de las relaciones laborales y de las ciencias jurídicas.

Los planteos centrales refuerzan el (re) surgimiento de una valoración ética para calificar los contenidos del trabajo del hombre.

Se rescata el sentido que asume el ser humano que trabaja, como centro de imputación de derechos económicos, sociales y culturales de los que es titular, en consonancia con los enunciados de las principales declaraciones y pactos universales y regionales.

Y, como corolario inevitable de ese reconocimiento, surge la postulación de la imprescindible obligación de generar tutelas, protecciones y el aseguramiento, a través de medidas, procedimientos y reglas activas, de la efectividad de esos derechos esenciales en el seno de la sociedad civil y política(13).

Cumpliendo su rol histórico, estas ideas fueron recogidas y traducidas en el discurso oficial de la OIT y una locución estampada en el informe anual de 1999 resultó proverbialmente oportuna, tanto por su aptitud para rescatar la valoración humana del trabajo, como para permitir la integración de un conjunto de ideales bajo el enunciado común de **"trabajo decente"**.

A partir de entonces, se ha venido desarrollando un proceso de elaboración técnica con el fin de definir el concepto y los alcances del denominado "trabajo decente".

Lo que inicialmente pudo ser interpretado como una fórmula dialéctica e, incluso, como un eslogan que refundía bajo un calificativo pertinente, las ideas originarias del Preámbulo de la Constitución de Versalles, ha pasado a convertirse en un concepto impulsor y superador incluso, de los fines y objetivos acordados por los estados fundadores a partir del reconocimiento de las condiciones de trabajo injustas, misérrimas y privativas para gran número de seres humanos que imperaban a comienzos del siglo pasado, así como de la determinación de que la omisión de aquellas naciones que no adoptaren un **"régimen de trabajo realmente humano"**, constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus países.

(13) Martín Carrillo Calle enseña que el derecho al trabajo y a la seguridad social tiene como objetivo la protección del ser humano que trabaja, "que no es otra cosa que la protección de los derechos fundamentales del hombre en el desarrollo de la actividad productiva" (*Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales*. ADEC-ATAC, Lima, Perú, 1993, p. 4).

Este avance resulta axiomático si se compara la primera descripción ensayada en el documento de 1999[14], por cierto muy escueta e incompleta, con las ideas, nociones y propuestas que han servido para llenar de contenido y enriquecer la fórmula propuesta, tanto dentro, como fuera de los órganos técnicos de la OIT.

Es muy probable que la expresión continúe manteniendo ese carácter plástico y dinamizador del progreso continuo de los conocimientos que manejan las ciencias que se interesan por interpretar los fenómenos del trabajo. Ello se debe a que se trata de una noción esencialmente adjetiva, que abre las puertas y se nutre de concepciones profundamente éticas acerca de la necesaria evolución de las condiciones sociales, económicas y culturales que deberían pautar los valores inherentes a la prestación del trabajo productivo de los seres humanos en el presente y el futuro.

2. Aproximación a un paradigma sobre el trabajo decente

El ideal que busca plasmarse a través de esta noción resulta representativo de un arquetipo de trabajo; como tal, no admite una definición o cristalización conceptual, sino que por el contrario ha de quedar sujeto al dinamismo de las circunstancias de los tiempos y espacios en los que históricamente ha de desarrollarse el concepto.

La expresión "trabajo decente" fue inicialmente vinculada con aquel que se desenvuelve en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social[15].

Pero en el decurso de muy pocos años, aquella descripción preliminar fue desplegando un contenido cada vez más amplio, al punto de haber decantado una **caracterización tipológica** determinante de que, para que un trabajo sea considerado "decente", el mismo debe resultar: productivo y seguro; en el cual se respeten los derechos laborales; con ingresos adecuados; con protección social; con adecuada capacitación; y con libertad sindical, negociación colectiva, participación y acceso al diálogo social.

Estos serían, en principio, los elementos básicos que materializan una noción generalizadora sobre "trabajo decente".

(14) Nos referimos a la multicitada Memoria que el entrante Director General de la OIT, presentara en la Conferencia Internacional del Trabajo de aquel año, y fuera denominada precisamente como "Trabajo decente".

(15) OIT. *Trabajo decente*. Ob. cit., p. 15.

3. Una visión encaminada a garantizar una adecuada calidad de vida

Sin embargo, la importancia mayor del concepto no reside, en rigor, en su definición, sino en las consecuencias que el mismo proyectó, más allá de la suerte que pudiera correr el contenido técnico del concepto.

En primer lugar, la introducción de esta idea sobre el trabajo decente en el seno de una Conferencia Internacional de la OIT, que constituye un ámbito de resonancia internacional de las ideas, supuso la transmisión de un mensaje claro, que reivindicó una imprescindible preocupación moral en relación con el trabajo humano.

Su valor principal consistió en rescatar el ideal de que las condiciones de trabajo deben ser acordes a la dignidad del trabajador, porque el trabajo es una manifestación de la personalidad del hombre. En consecuencia, su reafirmación ha contribuido a resaltar como objetivo ético, **la dignificación del trabajo humano**.

En segundo lugar, la calificación supone una inflexión de lo cuantitativo hacia lo cualitativo, vale decir, un viraje de lo descriptivo hacia lo valorativo, aún sin que con esta afirmación se pretenda sustituir una dimensión del fenómeno por la otra. El atributo que debe asumir un trabajo para ser considerado "decente", permite distinguir el contenido de calidad que debe reunir ese "hacer" humano, sin que ello implique desconocer el número, cantidad y proporción de trabajo demandados por el mercado.

Sin lugar a dudas, durante décadas la preocupación mundial se centró casi exclusivamente en la cantidad del empleo, siendo las mediciones del paro, indicadores principales para definir, planificar y evaluar políticas económicas y sociales. No es posible desconocer que el desempleo genera consecuencias serias y aflictivas en cualquier sociedad, y que disminuir tales efectos mediante la creación de puestos de trabajo, constituye una preocupación prioritaria de los gobiernos. Sin embargo, en muchos casos ese afán de creación de empleo, llevó inconscientemente a justificar las más diversas manifestaciones de precariedad, inestabilidad e insatisfacción respecto de las condiciones laborales, con tal de que permitieran sustraer contingentes de trabajadores de las nóminas de desocupados, reduciendo así el porcentaje de desempleo. La acción de los gobiernos y la ordenación de las legislaciones de muchos países, admitieron contrataciones laborales atípicas, inestables y hasta inseguras, sin importar demasiado la calidad de ciertas modalidades de trabajo promovidas, surgiendo incluso figuras que han sido calificadas

como "contratos basura" (tal como lo ejemplifica la doctrina española y argentina de la década de los noventa)[16].

La incorporación del concepto de "trabajo decente" encierra una cierta intencionalidad, ya que se vuelve a justipreciar la calidad del trabajo, que continúa siendo el medio principal y prioritario para ***a*segurar condiciones sustentables en la calidad de vida de las personas**. Y ello porque se trata de un trabajo "que permite satisfacer las necesidades personales y familiares de alimentación, salud y seguridad, así como educar a los hijos. Se trata del trabajo que asegura ingresos al llegar la época de la jubilación y en el cual los derechos laborales fundamentales son respetados"[17].

La noción de "trabajo decente" es omnicomprensiva de la **exigencia de calidad del empleo**, al punto de entenderse que ya no alcanza con crear cualquier tipo de trabajo, aunque no reúna condiciones de adecuación a estándares éticamente aceptables de acuerdo con los derechos fundamentales consagrados por el derecho (internacional y nacional), así como con los demás derechos que constituyen el resultado del desarrollo de la conciencia social predominante de la humanidad.

Para asegurar la calidad de vida de las personas, resulta esencial, entonces, que cada empleo constituya una fuente de trabajo decente, es decir, de trabajo prestado en condiciones de equidad, seguridad y dignidad humanas.

Lograr la creación de la mayor cantidad de empleos de calidad, no solo supone la revalorización de lo cualitativo ante lo cuantitativo, como se afirmó, sino que implica también la revalorización del derecho frente a la economía, por una parte, y de lo colectivo frente a lo individual, por la otra.

(16) El fenómeno no deja de repetirse, aceptando el imperativo cíclico de la economía (estudiado por pensadores como Juglar, Marx y Samuelson, entre muchos otros). Precisamente, al criticar las políticas de empleo que se han emprendido en España y en Europa a partir de la grave crisis de la década que discurre, Joaquin Aparicio Tobar las califica como hipócritas porque "se han limitado a medidas marginales, sin duda algunas necesarias, pero fuera de la auténtica y principal política de empleo que no es otra que una política económica general que tenga al pleno empleo como objetivo central". Continúa aseverando el autor que "esas políticas de empleo marginales (Beveridge las denominaba operaciones auxiliares de limpieza) han transitado, entre otros caminos, por la formación profesional, por los servicios de colocación, pero, sobre todo, han entrado a saco en la esencia del Derecho del Trabajo alterando su función de búsqueda de un relativo equilibrio en la social y económica relación desequilibrada entre empresario y trabajador". Blog Desde mi Cátedra, "Revertir las reformas que han degradado el valor del trabajo y la democracia", 27/10/2014.

(17) "Globalización y trabajo decente en las Américas". Informe del Director General de la OIT en la XV Reunión Regional Americana, Lima, diciembre de 2002, pp. 19 y 20.

La evolución de estas ideas-fuerza ha permitido incluso que hoy día se hable del trabajo decente como **un factor de gobernanza**(18).

III. FORMACIÓN PROFESIONAL EN Y PARA EL TRABAJO DECENTE

Uno de los contenidos a través de los cuales se tipifica el trabajo decente es el de tratarse de un trabajo que cuenta con adecuada capacitación. Esta noción ilustra acerca del papel fundamental que posee la formación profesional en la caracterización contemporánea del trabajo humano como un trabajo que debe ser dignificado(19).

Debemos señalar que el rol de la formación respecto del trabajo decente, se proyecta principalmente en dos direcciones: **en** y **para** el trabajo decente.

El **derecho a la formación** constituye **uno de los derechos humanos fundamentales** del mundo del trabajo, principio que ha sido previsto en forma expresa en la mayor parte de las constituciones, declaraciones y pactos sobre derechos humanos, así como también surge similar reconocimiento en los propios ordenamientos nacionales(20).

En consecuencia y en la medida en que el derecho a la formación es uno de los derechos fundamentales del trabajo, resulta indiscutible que forma parte de la noción de trabajo decente(21).

Desde que inicialmente se describiera al trabajo decente como aquel en el cual "los derechos son protegidos", y luego se entendiera que su concepto técnico comprende un trabajo en el cual "se respetan los derechos de los trabajadores",

(18) Laura Mora (profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UCLM), ponencia en I edición del Curso de Especialista en Gobernabilidad, Derechos Humanos y Cultura de Paz, Toledo, febrero de 2014.

(19) No es menor la anotación que estampan Héctor-Hugo Barbagelata y Hugo Barretto en cuanto a que "encarando la formación profesional como parte integrante del derecho del trabajo, (...) su campo de aplicación deja de ser baldío y pasa a afincarse con mayor nivel de realismo y exigibilidad. Ello por la naturaleza misma de las normas laborales, que implican desarrollos significativos en relación a la protección de la persona del trabajador subordinado, sumado a el papel relevante que desempeñan los trabajadores colectivamente organizados" (*El derecho a la formación profesional y las normas internacionales*. Cinterfor, OIT, Montevideo, 2000, p. 44).

(20) Un completo análisis y relevamiento del marco normativo, es presentado por Héctor-Hugo Barbagelata, en Formación y legislación del trabajo, Cinterfor/OIT, Nueva edición revisada y actualizada, Montevideo, 2003.

(21) Pero, como se ha señalado, "(...) al mismo tiempo es un instrumento que facilita y a veces condiciona la realización de otros derechos que también constituyen el trabajo decente" (Formación para el trabajo decente, p. 22, citado en nota 19).

corresponde concluir que, por tratarse la formación profesional de un derecho fundamental del sujeto que trabaja, la misma forma parte integrante de aquella noción. La formación profesional **resulta consustancial al trabajo decente**, por lo que la misma está presente, como una nota típica, en el concepto mismo de trabajo decente.

Por otra parte, la **formación** aparece como un **requisito inherente para el trabajo decente**, por constituir una condición previa de empleabilidad, así como un factor de adaptabilidad y de promoción de la carrera funcional del trabajador, claramente asociado con el salario. En otras palabras, aparece como una condición indisociable del concepto mismo de trabajo humano(22).

Esta característica se vuelve más notoria debido al avance y al cambio tecnológico de la organización productiva de aquel trabajo. Existe consenso en reconocer que objetivamente el mundo del trabajo convive con una revolución tecnológica tan vertiginosa, que se ha estimado que el ciclo de vida de cada innovación tiene una duración aproximada de tres años. Eso quiere decir que la capacidad de quien se desempeña como trabajador y su calificación para trabajar con una determinada tecnología, se encuentra expuesta a perimir en un término análogo, lo que requiere una constante recapacitación de la fuerza laboral. Si cada trabajador no adecua su calificación profesional, probablemente no estará en condiciones de continuar desempeñando la misma función, porque habrá de carecer de los conocimientos requeridos por la nueva tecnología para realizar esa tarea.

Tales argumentos que derivan de la realidad productiva y organizacional del tiempo que vivimos, refuerzan la idea sobre la importancia de la calificación profesional en relación con el trabajo. Es por ello que también la formación profesional ha dejado de ser un capítulo más de los sistemas de educación formal, adquiriendo perfiles propios que la identifican como una instancia compleja que abarca un conjunto de iniciativas, procedimientos, prácticas, procesos y estructuras para la capacitación de los individuos con el objeto principal de facilitarles

(22) Como afirma Javier López, la propia OIT plantea que la Formación Profesional tiene como objetivo desarrollar las aptitudes humanas para una vida activa, productiva y satisfactoria. Conectar la formación profesional con el empleo, es una tarea de los gobiernos y del conjunto de la sociedad. Es tarea de los gobiernos que la educación, la formación profesional, el aprendizaje permanente, se conecten con las políticas económicas, fiscales y sociales. Si esto no se hace, los niveles bajos de formación, la precariedad en el empleo, el paro y la marginación de la juventud, son flancos del mismo drama nacional (Francisco Javier López, Trabajo decente en España y América Latina, Blog, 03/06/2013, Presidente de la Fundación Sindical Ateneo 1º de Mayo, Secretario de Formación Confederal de CCOO).

el acceso, el sostenimiento o la mejora en una ocupación laboral, a través de una cualificación profesional[23].

Ello se proyecta con más intensidad aún en relación con el "trabajo decente", al reflejar la esencialidad que adquieren la formación continua y la recapacitación y calificación permanentes. Un informe que proyectaba a comienzos de este siglo cuáles serían la notas más salientes sobre el futuro del trabajo en Europa, elaborado por distintos especialistas de la Unión Europea, entonces sostenía que la relación de trabajo no habrá de ser una relación pura y simple de trabajo, sino una relación de trabajo y formación, porque el trabajador deberá alternar necesariamente periodos de trabajo y periodos de recapacitación, en forma cíclica y permanente. En términos contemporáneos, se diría –como lo sostiene la OIT– que la educación de calidad, la formación previa al empleo y el aprendizaje a lo largo de la vida, son tres pilares necesarios para fomentar y mantener la empleabilidad de las personas[24].

Existe, por otra parte, una correspondencia directa entre el nivel de calificación profesional y la calidad del empleo; el grado de formación y especialización de los trabajadores resulta determinante de las posibilidades de obtener **mejores empleos** *o* **mejoras en el empleo**. Más aún, como se señala en un enjundioso estudio publicado por Cinterfor/OIT, "la calificación o las competencias del trabajador, que tradicionalmente solo eran tenidas en cuenta a la hora de su contratación, en la actualidad, en el marco de la producción flexible y del cambio tecnológico permanente, pasa a ser considerada durante toda la relación de trabajo. Es requisito de adaptabilidad a los cambios, de polifuncionalidad y, por lo tanto, de conservación del empleo"[25].

Se ha destacado que no es posible soslayar como un componente de la noción de "trabajo decente", la dimensión personal e intransferible que el trabajador pone en juego en su desempeño laboral, constituida por las capacidades y competencias adquiridas, más la legítima aspiración a la mejora de sus condiciones de trabajo y promoción profesional a través de la adaptación, el empleo de calidad y la protección social[26].

(23) Jorge Rosenbaum Rimolo y Dolores Storace, Negociación colectiva, diálogo social y participación en la formación profesional: la experiencia uruguaya. Montevideo, Cinterfor, OIT, 2001 (Aportes para el diálogo social y la formación, Cuaderno Nº 6).

(24) Recomendación 195. Educación, Formación y Aprendizaje Permanente, OIT, 2004.

(25) "Formación para el trabajo decente", Documento preparado por personal técnico de Cinterfor/OIT, bajo la dirección de Pedro Daniel Weinberg y la coordinación de Oscar Ermida Uriarte y Fernando Casanova, Montevideo, 2001.

(26) BARRETO GHIONE, Hugo. *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México.* Aportes para el diálogo social y la formación. Nº 7, Cinterfor/OIT, Montevideo, 2001, p. 9.

En síntesis, los conceptos examinados ratifican que la formación profesional integra necesariamente el concepto de trabajo decente, porque **este es un trabajo con respeto de los derechos laborales**.

Pero, además, se concluye que el derecho a la formación profesional constituye tanto un requisito de acceso al trabajo, como una condición para la conservación del empleo y del ingreso, garantizando al individuo la efectividad de su derecho a vivir en sociedad, bajo condiciones decorosas y condignas a su condición humana.

IV. EL FÉRTIL CAMPO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

En este punto, parece inevitable recordar lo que expresáramos junto a Oscar Ermida Uriarte, en cuanto a las relaciones entre la autonomía colectiva y la formación profesional. Siguiendo aquella línea de pensamiento(27), entendemos que cada día más la praxis demuestra por qué se justifica la relación entre autonomía colectiva y formación profesional.

Preliminarmente podríamos atenernos a aseverar tan solo que la autonomía colectiva constituye una de las vías a través de las cuales se manifiesta el tratamiento y la regulación de la formación profesional, y que ello se justifica por las crecientes relaciones entre capacitación y contratación colectiva, entendida esta en sentido amplio. De hecho, la importancia de la capacitación viene siendo cada vez más reconocida en el mundo del trabajo, y ello desde diversas ópticas y opiniones. Es por ello que se puede decir que se ha vuelto un lugar común proclamar la esencialidad de la capacitación para mejorar la calidad y cantidad del empleo.

Sin embargo, en su momento entendimos necesario efectuar dos puntualizaciones. La primera, referida a la relativización de la eficacia de la formación profesional para la generación de empleo; la segunda, la existencia de razones más sustanciales que la actual crisis ocupacional que fundamentan el abordaje de la formación por parte de la negociación colectiva.

1. Relativización de los efectos de la formación profesional sobre el empleo

La relativización del papel de la formación profesional en relación con el empleo, se impone a efectos de evitar que –como ha sucedido con el derecho del

(27) Conceptos compartidos por el autor con ERMIDA URIARTE, Oscar. *Formación profesional en la negociación colectiva*. Cinterfor, OIT, Montevideo, 1998.

trabajo–, se termine culpando a la capacitación por los fracasos de las políticas económicas de empleo, o que se la instrumente para fines que no le son propios. En efecto, es necesario ubicar en sus justos términos los aportes que la formación puede realizar al empleo, sin negar su existencia.

Porque difícilmente la capacitación genere empleo; por lo tanto, no será ella la responsable del desempleo.

En cambio, sí es posible que una adecuada formación ayude al trabajador a conservar su empleo, en la suposición de que ella le permite adaptarse mejor a los cambios, asumir nuevas tareas y mejorar su rendimiento. Del mismo modo, la capacitación será, para el trabajador, una herramienta para mejorar la calidad de su empleo, y así incrementar su nivel de vida y de condiciones de trabajo.

Esto mismo, visto colectivamente, permite percibir a la formación como un "instrumento estratégico" capaz de contribuir a orientar la contratación laboral hacia el "capital humano de los trabajadores y no a basarse en su disposición a ocuparse a bajo precio"(28).

Examinado desde el lado de los trabajadores, la importancia de la capacitación para el empleo se relaciona, además, con determinados segmentos. La formación –ya se dijo– no genera empleo indiscriminadamente, pero puede apreciarse que mientras son los trabajadores que ocupan los puestos más altos los más propensos a capacitarse, al mismo tiempo el tipo de empleo que más se está creando en los últimos años es el de venta de servicios y el de mayor calificación(29). Desde este punto de vista, la capacitación ayudaría al ascenso profesional, o al menos al acceso a empleos de calidad.

Por otro lado, también parece constatarse que la recapacitación profesional es sí, un elemento esencial, casi indispensable, para la recolocación de desempleados.

Pero la formación profesional interesa, también, al empleador. En efecto, la capacitación del personal es hoy un elemento esencial para la eficacia, productividad y competitividad de la empresa, al elevar la calidad del trabajo y su productividad, así como su adaptabilidad a los cambios(30).

(28) OLINI, Gabriele y RICEIARDI, Livia. *I contrati di solidarietà*. Roma, 1994, p. 17.

(29) Consejo Económico y Social, Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 1997, Madrid, 1998.

(30) No obstante, no hay que desestimar –tal como lo destaca Wilfredo Sanguinetti Raymond– que el tópico ha tenido y tiene incidencia respecto de prácticas que pueden resultar desfavorables, refiriéndose a las deslocalizaciones sobre la distribución geográfica de las actividades productivas y el empleo. Si bien estas reconocen la existencia de factores diversos que las facilitan y alientan, uno de ellos está constituido por la mejora de los niveles educativos y de formación profesional de los trabajadores de numerosos

Ahora bien, aclarado el papel que verdaderamente puede atribuirse a la formación profesional frente al empleo (no genera empleo; ergo: no es responsable del desempleo; puede contribuir a la mejora de la calidad de ciertos empleos o a la conservación de un empleo; y puede constituir una ventaja comparativa para la empresa), corresponde subrayar que el tratamiento de la capacitación por la negociación colectiva siempre resultaría justificada. Es decir, aun si no existiera la actual preocupación por la penuria del empleo.

Efectivamente, más allá de la actual crisis ocupacional, hay vínculos estructurales o permanentes entre la negociación colectiva y la formación profesional.

2. Relaciones estructurales o permanentes entre autonomía colectiva y formación

Entendíamos en nuestro estudio conjunto que la autonomía colectiva puede –y debe– constituir una de las vías, sino la más trascendente, para regular la formación profesional, más allá de la cuestión del desempleo.

Y lo fundamos en varias razones, que sintetizaré.

Primeramente, porque dentro de ciertos límites, la autonomía colectiva tiene vocación de regular todos los temas laborales, todos los aspectos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Más aún, algunas corrientes de opinión la privilegian sobre las fuentes heterónomas, en función de su carácter consensual y flexible.

Precisamente, en relación con esta última particularidad, podría pensarse que las modernas necesidades de capacitación, maleables y cambiantes, pueden ser más ágilmente previstas por convenios colectivos, que por leyes y reglamentos.

A todo ello se agrega que el avance tecnológico ha provocado una reducción del ciclo de vida del producto y del propio ciclo de vida de la innovación tecnológica en sí misma, lo que, inevitablemente, determina la reducción del ciclo de vida de la capacitación adquirida e impone la necesidad de su constante actualización, como fuera señalado al comienzo de este análisis. Y el convenio colectivo, los acuerdos marco sectoriales o los pactos sociales, por su adaptabilidad,

---

países con niveles salariales significativamente reducidos, pero no por ello carentes de condiciones para el desarrollo de procesos productivos complejos. Y señala que este es el caso de los países del Este Europeo, pero también de la India y muy especialmente de China, cuya inmensa población hace pensar, además, que este país mantendrá la ventaja comparativa que suponen los bajos salarios por mucho tiempo ("Deslocalización empresarial y Derecho del Trabajo: en busca de respuestas". En: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social.* Nº 84, 2006, pp. 11-24).

flexibilidad y contingencia, constituirían las normas o vías consensuales autónomas de elección para dar cuenta de tales exigencias.

Con sentido pragmático se ha señalado, además, que la autonomía colectiva debería ser el marco más apropiado, habida cuenta que el tema de la formación laboral viene a ser uno de los pilares menos conflictivos, o, si se quiere, "uno de los que cuentan con el mayor grado de consenso entre los tres actores del sistema de relaciones laborales"[31].

En segundo término, desde una óptica más puramente jurídica, es del caso constatar que en la dogmática jurídica, está ya prácticamente fuera de discusión la existencia de un derecho subjetivo del trabajador a la formación profesional, exigible directamente ante el empleador y ante el Estado, consagrado expresamente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, así como en convenios internacionales del trabajo, en algunas de las grandes Declaraciones de Derechos y en varias Constituciones[32].

Si estamos, pues, ante un derecho del trabajador, es claro que este debe tener participación y control en su desarrollo, para lo cual la negociación colectiva es un instrumento fundamental. Variados y diversos son los pactos y convenios que consagran expresamente tal derecho a la formación y/o la correlativa obligación del empleador de capacitar a su personal.

En tercer lugar, la formación profesional pone en juego muchos aspectos concretos de la relación de trabajo tradicional, tales como la categoría, la remuneración y la movilidad funcional, generando o afectando diversos derechos y obligaciones del empleador y del trabajador. Siendo así, existiendo una intersección entre las esferas parcialmente coincidentes de las relaciones laborales y de la formación profesional, parece lógico que la negociación colectiva regule tales aspectos.

En cuarto término, es conocida la importancia creciente de la formación en el lugar de trabajo. La capacitación profesional ya no es solo un problema del sistema educativo en general, sino que forma parte también y cada vez más, del mundo del trabajo, concretándose en el puesto de trabajo, en el trabajo concreto. Al insertase de tal modo en el corazón de "lo laboral", la formación profesional se convierte en blanco ineludible de la negociación colectiva, la más autónoma o "intralaboral" de las normas reguladoras de los fenómenos del trabajo.

(31) TOSTES VIEIRA, Marta; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo; CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. *Diálogo social sobre formación en el Perú*. Cinterfor, OIT, Montevideo, 2004, p. 92 (Aportes para el diálogo social y la formación, Cuaderno Nº 10).

(32) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Formación y legislación del trabajo*. Montevideo, 1996, p. 13 y ss.

En quinto lugar, irrumpe una razón de mérito, un argumento de conveniencia. Como expresamos, a veces, la norma autónoma, precisamente por su carácter consensual y endógeno, resulta más eficaz que la ley o el decreto. El convenio colectivo puede ser una norma muy apropiada para regular un fenómeno como la capacitación, que involucra intereses y derechos concurrentes de trabajador y empleador y que, en gran medida, debe resolverse y ejecutarse dentro del sistema de relaciones laborales y en el lugar de trabajo.

No obstante, la autonomía colectiva debe respetar un espacio que –en esta materia– continúa siendo competencia irreductible de la ley: aquel en el cual la formación profesional es un deber del Estado.

Lo que se complementa, en algunas experiencias concretas, con una constatación: la formación profesional representa un eslabón complementario de los procesos de educación tradicionales y formales (públicos y privados) que cada vez adquiere mayor importancia para mejorar los niveles de vida de las personas(33).

Y en sexto y último término, señalábamos que la negociación colectiva puede ser un buen instrumento de "re-laboralización" del aprendizaje, las pasantías y otras modalidades de contratación que, bajo pretexto de su finalidad formativa, a veces son privadas de su calidad de contratos de trabajo protegidos por el Derecho Laboral.

En este punto, cabe constatar cierta dualidad, ambigüedad o ambivalencia de la negociación colectiva.

Por un lado, a veces actúa como instrumento de flexibilización y hasta de tercerización y deslaboralización, como sucede con los convenios colectivos que habilitan la contratación de pasantes, aprendices o becarios declarados "no trabajadores" y desprovistos, por lo tanto, de toda protección laboral(34).

Pero, por otro lado, el convenio colectivo puede operar en sentido exactamente inverso, limitando, controlando o aun revirtiendo esa flexibilización o "deslaboralización"; de manera análoga, la negociación colectiva podría "re-laboralizar"

(33) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. "Negociación colectiva sobre formación profesional en el Mercosur". Cinterfor, OIT, Montevideo, 2000, p. 25 (Aportes para el diálogo social y la formación, Cuaderno Nº 1).

(34) Se trata de un efecto espejo, en definitiva, de lo que sucediera con las normas flexibilizadoras del Derecho del trabajo sustantivo. Adrián Goldin recuerda, recogiendo una expresión de Antonio Ojeda Avilés, que "en una nítida estrategia de 'abaratamiento de la laboralidad', en el Perú reciben ese tratamiento los contratos de formación laboral y prácticas profesionales. En el Uruguay, los pasantes y los titulares de las denominadas 'empresas unipersonales'. En la Argentina los pasantes, los transportistas y los aprendices (estos últimos serían posteriormente relaboralizados)" (*Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*. 1ª ed., Instituto Internacional de Estudios Laborales, OIT, Ginebra, 2007, p. 14).

figuras contractuales como el aprendizaje o las pasantías, cuando han sido más o menos artificialmente desprotegidas.

3. Los aportes reales desde la autonomía colectiva

La procedencia del ingreso de la negociación colectiva a la formación profesional está legitimada en el derecho comparado, por el volumen y la calidad de los acuerdos colectivos sobre el tema(35). La propia circunstancia de ser la formación un derecho subjetivo del trabajador y una obligación del empleador, y de entrar en relación directa con los otros derechos laborales y condiciones de trabajo, conllevan la conveniencia de que esta sea regulada o al menos consensuada, a través de la autonomía colectiva.

Un rápido vistazo a los distintos modelos a través de los cuales se han implementado las experiencias sobre formación profesional, parecen contradecir el valor de la dirección de nuestra propuesta. En efecto; de acuerdo con las iniciativas políticas nacionales, las experiencias más articuladas, difundidas y avanzadas parecen preferir el gobierno de la formación a niveles centralizados, formalizados y hasta –diríamos– burocratizados(36).

Sin embargo, no es posible desechar otras experiencias en las, existiendo una larga tradición de negociación colectiva, los interlocutores sociales han desenvuelto prácticas de regulación consensuada a través de la autonomía colectiva, de la formación profesional. Es cierto que ello ha implicado la búsqueda de soluciones equilibradas para sostener, muchas veces, un sistema dual, fuertemente institucionalizado, con un marco normativo vinculante, como ocurre en países del norte europeo, en especial, Alemania. Un reciente estudio comparativo señala, precisamente, que en este último caso, los actores desempeñan responsabilidades en cuatro niveles: nacional, regional, sectorial y empresarial, permitiendo un mejor ajuste entre las expectativas de empresarios y alumnos. Pero se trata de un sistema adoptado con el consenso entre el Estado y los interlocutores sociales, que incluye currícula, competencias, número de plazas y financiación entre

(35) Beatriz Cappelletti da cuenta que en Argentina, aún durante los años noventa signados por las políticas neoliberales que debilitaron la negociación colectiva, los temas de capacitación ocupaban el cuarto lugar entre las cláusulas más frecuentemente acordadas (*Actores sociales y formación en Argentina*, Cinterfor, OIT, Montevideo, 2000, p. 17 (Aportes para el diálogo social y la formación, Cuaderno Nº 2). Un estudio de Diesse también refiere a que como en el caso de la participación institucional, la acción sindical dirigida a la formación profesional gana nueva expresión en los años 90, comparativamente con las décadas anteriores (*Diálogo social sobre formaçao no Brasil*. Cinterfor, OIT, Montevideo, 2000, p. 37 (Aportes para el diálogo social y la formación, Cuaderno Nº 3).

(36) Nos referimos a los modelos del Reino Unido, Francia, España, Italia, México, Argentina, Uruguay y otros semejantes.

los contenidos de los acuerdos negociados colectivamente[37]. Creemos que el camino a recorrer, necesariamente exige el consenso de los interlocutores sociales; máxime en una época en la que el diálogo social, la negociación colectiva, la consulta, la participación y la información cobran, día a día, mayor trascendencia en la realidad dinámica de las relaciones laborales. Ya no existen espacios de auto imposición o determinación sin legitimación colectiva; las prácticas que apelan a ello exhiben cada vez una mayor distancia entre la realidad y la hétero regulación, institucionalización y procedimentalización formal y unilateral.

Por otra parte, y considerando la visión empresarial, si bien se habla muchas veces de grados de ambigüedad en las relaciones entre la negociación colectiva de la formación profesional y los nuevos paradigmas productivos y de gestión personal. Así se señala que as políticas de reducción de costos laborales y de rotación de plantillas se contradicen con la necesidad de inversión en capacitación permanente y de involucramiento del personal, y si bien es claro que la negociación colectiva puede operar en uno u otro sentido, el segundo camino parece ser el único funcional con los principios del derecho del trabajo, con los objetivos de la formación y con las estrategias empresarias de más aliento. La negociación colectiva no puede perder de vista que el cambio tecnológico, la flexibilidad productiva y la empleabilidad requieren de una educación básica general y no solo de la capacitación o adiestramiento específico para una tarea determinada.

A los antes expuestos fundamentos para cerrar el círculo virtuoso del trabajo decente, la formación profesional y la autonomía colectiva, debemos agregar otros valiosos aportes –más específicos– que esta última proyecta sobre la formación.

Siendo que la negociación colectiva es fuente reglamentaria de los efectos de la formación profesional sobre la relación de trabajo (salarios, licencias, categorías, polifuncionalidad, organización del trabajo, etc.), y viceversa, la misma ayuda a vehiculizar con realismo y conocimientos concretos, las mejores soluciones para su encaminamiento. En tal sentido, si algo surge palmariamente demostrado es que el convenio colectivo (u otros acuerdos de similar naturaleza consensuada en el plano colectivo), es un instrumento de aplicación concreta y/o adaptación de las normas generales de formación a las necesidades específicas de cada sector o de cada empresa.

(37) STAN, Loredana. *Formación profesional y desempleo juvenil, entre estrategia de Lisboa y Europa 2020*. Investigación del Área de Política, Ciudadanía e Igualdad de la Fundación IDEAS, 2012.

Asimismo, la negociación colectiva es fuente de control y participación sindical en la capacitación y por esa vía, elemento de legitimación de los programas y actividades de formación profesional. En esta línea, muchos estudiosos del tema e incluso la propia OIT, señalan la participación de los actores sociales entre los requisitos de éxito de un sistema de formación profesional(38).

Por último, en cuanto instrumento participativo, hace que la negociación colectiva introduzca una dosis de democratización en la planificación y el desarrollo de la formación profesional, lo cual debe, indiscutiblemente, ser promovido. No solo por el efecto legitimante que viene de exponerse, sino además y fundamentalmente, por la propia prioridad de los valores democráticos de la sociedad en su conjunto y de cada uno de los sistemas que la componen.

Porque como bien se ha dicho, las relaciones de trabajo, expresan y realimentan los valores de la sociedad en la que se desarrollan. Una sociedad no es realmente democrática si sus relaciones de trabajo no lo son; lo mismo sucede con otras instituciones conexas, como la formación profesional.

(38) La vinculación cada vez más estrecha entre diálogo social y formación, ha sido destacada y convertida en un mandato de la OIT, en la Resolución sobre el Desarrollo de los recursos humanos adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2000 (Resolución sobre el Desarrollo de los recursos humanos, adoptada en la 88ª reunión (2000) de la Conferencia Internacional del Trabajo.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SIGLO XXI[1]

El talento jurídico es mucho más común que el talento para educar el talento jurídico. Por eso el profesor capaz de cautivar el talento jurídico importa tanto, pues llega a tener una enorme influencia formativa en el complejo proceso de la enseñanza-aprendizaje de la ciencia jurídica.

Ángel Guillermo Ruiz Moreno

ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO[2]

I. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA ABORDADO

Tras más de tres décadas de experiencia en la formación de nuevas generaciones de abogados, a cualquier investigador y docente que se le cuestione acerca del estado actual y el futuro que aguarda al Derecho de la Seguridad Social, esta

(1) Dedicado a la memoria del ilustre profesor peruano y latinoamericano, mi amigo el Dr. Mario Pasco Cosmópolis.

(2) Investigador Nacional Nivel III, del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Doctor Cum Laude en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, España. Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (México). Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 'Dr. Guillermo Cabanellas' (AIJDTSSGC). Presidente de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y la Previsión Social (AMDTPS).

hermosísima cuanto ignorada disciplina que he tenido el privilegio de enseñar por más de un cuarto de siglo, he podido constar por qué son tan escasos los seguró-logos sociales: por los enormes problemas que nos presenta hoy día el complicado proceso de la enseñanza/aprendizaje de dicha disciplina jurídica, que muy lejos está de ser lo que antes era.

En efecto, el mayor problema que cualquier profesor afronta al impartir un curso de Derecho de la Seguridad Social, es la elección de la manera en cómo hará el abordaje de esta disciplina tan compleja y evolutiva. ¿Por dónde empezar siendo un tema tan amplio y tan breve el tiempo disponible? ¿Cómo interesar al educando en un tema que suele ser árido cuando se entra al tema de requisitos de acceso y prestaciones? ¿Cómo explicarle a un joven lleno de vida e ilusiones que cualquier día por simples contingencias de vida puede enfermar, accidentarse, envejecer o morir?

Vistas las enormes dificultades que entraña concientizar a los jóvenes acerca de la vida, en no pocas ocasiones habrá profesores sin experiencia que pretendan enseñar una disciplina que no dominan a cabalidad y cuya trascendencia no terminan tampoco de entender ni ellos mismos; por ello es que los docentes se decantan por hacer a un lado las cuestiones doctrinarias, históricas, teóricas y teleológicas –que bien explicadas– harían entender al educando la grandiosidad, importancia y trascendencia de este magnífico manto protector, eligiendo por comodidad ver cuestiones prácticas previstas en la norma legal *útiles para* el abogado postulante.

Prefieren pues el qué en vez del por qué, priorizando lo adjetivo a lo sustantivo y primando la eventual resolución de un conflicto por sobre la disolución del mismo. Acaso esto explique por qué son tan pocos los juristas que hoy día cultivan esta disciplina. Sin embargo, como docente e investigador, soy un convencido que ese precisamente es el mayor error que se comete cuando se imparte el Derecho de la Seguridad Social en las Facultades de Derecho de nuestra América morena: pretender enseñar la ciencia jurídica con base exclusivamente en la norma legal, como si la ley fuese la única expresión del Derecho y no una de sus diversas manifestaciones; se suele enseñar "con la ley en la mano", y a lo demás –esto es, su génesis, su rica historia, así como su constante evolución, se le resta importancia–. Lástima, pero eso es un craso error.

Sin duda, lo que más debiera importar en el ejercicio docente de la ciencia del Derecho es que el educando entienda los por qués de las cosas, que piense acerca de las razones por las que fueron creadas las instituciones que brindan el servicio público de la seguridad social y que este no es un don gracioso del Estado, sino un logro de la sociedad solidaria para con sus integrantes; porque si el

alumno no capta las razones del por qué hubo necesidad de crearse una especialidad, que nace a la vida jurídica al insertarse la ciencia del Derecho en la inevitable aspiración humana de la seguridad social a fin de volverlo obligatorio y hacer de él aparte de un servicio público, un derecho exigible al Estado, entonces el educando jamás será capaz de entender su grandeza. Con ser eso malo, no es lo peor; lo verdaderamente grave es que confundirá el concepto y nunca podrá entender de qué exactamente se trata este asunto que tanto nos ocupa y preocupa.

Limitarse a enseñar el qué, el cómo, el cuándo o el cuánto del texto de la norma legal, no es suficiente; después de todo no estamos formando a simples "técnicos" del Derecho, sino por el contrario: a verdaderos científicos que deben entender los por qués de los fenómenos jurídicos en aras de poder dominar la ciencia respecto de la cual pronto tendrán licencia del Estado para cultivarla y ejercerla. Aquí subyace el quid del problema en comentario que enseguida abordaremos.

II. LA NECESIDAD DE ENSEÑAR EL DERECHO COMO CIENCIA

Pareciera una obviedad decirlo, pero no lo es tanto. Para enseñar el Derecho de la Seguridad Social se requiere de ética y experticia; para ello se requiere *actitud* más que *aptitud,* junto a un indeclinable compromiso para con las generaciones futuras en el ámbito de su formación profesional –al igual que deben tenerlo también los dirigentes de las universidades que nos invitan ejercer este bellísimo apostolado–. Siempre teniendo en cuenta que todo lo científico en materia social es flexible, atendiendo a su evolución natural, pues aquí no puede haber dogmas ni verdades absolutas.

La clave del proceso de la enseñanza-aprendizaje del Derecho de la Seguridad Social, partirá de la abierta discusión de ideas, de su eventual refutación y la indispensable conciliación final, que permita al educando que obtenga sus propias conclusiones personales acerca del tema abordado, sin dejar de sacar de la discusión en aula conclusiones generales válidas para todos –tampoco puede quedar al arbitrio, capricho o discrecionalidad de nadie, pues nadie puede arrogarse el derecho de imponer la fuerza de una verdad única–; así, *discusión, refutación* y *conciliación de ideas,* es el proceso clave en la enseñanza a nivel de educación superior, por sobre el disfuncional cuanto arrogante "magister dixit" que no opera más en los procesos educacionales en plena era del conocimiento.

Llegado a este punto, no olvidemos como académicos que la idea central, entendida a manera de fórmula educativa, consiste en *cultivar para cautivar alumnos;* y para detectar a los buenos discípulos, habrá que hacer énfasis en las cuestiones fundamentales que a ellos y a su familia debieran preocuparle.

Un buen método a sugerir ahora –utilizable por todo profesor proactivo y no reactivo– es formular preguntas a cuya respuesta se avoquen grupalmente los alumnos en una "lluvia de ideas", efectuándose la reflexión serena de cada interrogante para efectuar el proceso de descarte y reconfirmación de ideas y conocimientos. A manera de ejemplo, al grupo habría que plantearles cuestiones interesantes tales como:

- Que la seguridad es una mera aspiración de todos desde que tomamos conciencia plena de que, lo que los seres humanos somos, es pura y radical inseguridad desde que nacemos hasta que morimos, en este mundo riesgoso que habitamos.

- Que dependemos de que el Estado sea efectivamente el *garante* primario y final de todo sistema de protección social, para alcanzar un mínimo de la sensación de seguridad que requerimos para una vida digna, justa y apacible como parte integrante de la sociedad. Aquí habrá entonces que tener valor y atrevernos a decirles a los alumnos que si el Estado no puede diseñarlo, instrumentarlo y garantizarlo, entonces nadie podrá hacerlo.

- Habrá que demostrar las razones básicas por las cuales solo podrá alcanzarse dicho anhelo –el que por cierto da cuenta de la lucha de la humanidad al través de los siglos–, mediante la *solidaridad social,* razón de ser y fuerza motriz de la seguridad social, sin la cual no existiría este sistema pues el problema es de todos: sociedad y gobierno.

- Tendremos que convencerlos de que la verdadera justicia no es darle a todos lo mismo, sino por el contrario, darle a cada quien lo que necesita, siendo precisamente la búsqueda de la nivelación de las desigualdades naturales uno de los puntos en los que se funda y explica la seguridad social.

- Deberemos detenernos a explicarles que la seguridad social es un derecho humano irrenunciable, inalienable e inextinguible, consagrado como tal en la "Declaración Universal de Derechos Humanos"

de Nacionales Unidas, en sus artículos 22 y 25, dos preceptos que adecuadamente entendidos harán que los educandos comprendan sus alcances(3).

- Habrá que explicar que la seguridad social es un servicio público originariamente al cargo del Estado, servicio que no lleva imbíbitos afanes de lucro; por lo tanto, que la misma no es susceptible de ser "privatizada" (sic) para beneficios de unos cuantos grupos financieros poderosos, quienes lucran con ella en diversas partes del continente, con una actitud abiertamente permisiva del propio Estado; y que la delegación de responsabilidades a empresas privadas con afanes de lucro, es más que un simple asunto de gestión del servicio.

- Que la seguridad social se ha "deslaboralizado" y que hoy día, en vez de seguir al Derecho del Trabajo como antes, aquella le sirve de guía a este; que entiendan los alumnos que debido al sensible decremento del trabajo formal o decente, no puede ni debe seguir atado el financiamiento de los sistemas de seguridad social contemporáneos al empleo, incluso por el tratamiento que al asunto ha dado la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), al avalar los denominados "Pisos Básicos de Protección Social"(4).

- Que es del todo falsa la tesis economicista de que la "seguridad social del siglo XXI es ya infinanciable" (sic), puesto que todo estriba en saber jerarquizar prioridades sociales, empatando y armonizando para ello, adecuada e inteligentemente, los sustratos político, económico, social y financiero del tema de la seguridad social básica con pleno soporte estatal.

- Que la seguridad social es uno de los esquemas estatales de protección social, pero que no es el único; y además, que es diametralmente distinta –aunque complementaria– a la asistencia social y a la previsión social, esquemas estos con las cuales con inusitada frecuencia suele confundirse.

(3) "Declaración Universal de Derechos Humanos", texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas. el 10 de diciembre de 1948. Véase: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

(4) Para saber más acerca del tema, consúltese la siguiente página web de la OIT: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_141821/lang--es/index.htm>.

- Que por la grandeza de los objetivos que persigue, la seguridad social obligatoria nacional se contempla normativamente en legislaciones taxativas, de orden público e interés social.

- Que contrario a lo que comúnmente se piensa de manera prejuiciosa, *su aplicación es de estricto derecho* –a diferencia de lo que sucede con el Derecho Laboral, en donde opera el principio jurídico *in dubio pro operario*–, pues su interpretación no admite suplencias en las deficiencias de que adolezca la queja del asegurado, lo cual no le quita *per se* su aspecto tuitivo y protector.

- Que no hay una sola manera de brindar en el mundo el servicio público de la seguridad social, pues depende el mismo del tipo de sistema político y/o económico nacional, así como la manera de entender e instrumentar cada esquema protector de los países del área geográfica.

En fin, el listado de lo que podríamos didácticamente llamar *temas clave*, esos que muevan a pensar a alumno y le obligan a razonar para entender a cabalidad el punto medular de las cosas –tan a menudo soslayado e ignorado en la enseñanza de esta abigarrada disciplina–, daría como para una obra completa; empero, con dicho elenco temático planteado es más que suficiente para sugerir priorizar en clase la tarea de capturar la atención del alumno en la materia y, de paso, demostrar nuestra tesis acerca de la constante evolución de la seguridad social al tratarse de una disciplina *que no está ya hecha,* sino que se hace y rehace, renueva y transforma, día con día.

Por lo tanto, se equivoca aquel que piense que el Derecho –y sobre todo el Derecho de la Seguridad Social– es inmutable, o que ya es imposible reinventarla para dotarle de nuevos contendidos, o que no puede avanzarse más de lo ya hecho; siempre habrá algo nuevo qué descubrir y qué proponer para mejorarle, actualizarle, fortalecerle … desde luego siempre a condición de que pongamos todos a trabajar nuestro cerebro.

Sin embargo, no perdamos de vista que si provocamos "lluvias de ideas" en clase, *habrá también necesidad de aclarar ideas-fuerza* para que el educando no se confunda, pues ya se sabe que el Derecho es una ciencia que se integra por un conjunto de conocimientos metodológicamente obtenidos mediante el uso de razonamientos lógicos, los que a su vez han sido sistemáticamente construidos o estructurados, y de los cuales, obvio, se deducen principios y reglas generales de validez universal.

Reconozcámoslo entonces: intentamos educar en las aulas a los futuros profesionales que adolecen de verdadero sentido crítico-constructivo de su realidad y de su entorno social; jóvenes que no tiene "conciencia de clase ni clase en la conciencia" debido en parte a la manera en como nuestras universidades trasmiten los conocimientos en esta disciplina; seres humanos que no han sido realmente formados sino a lo sumo informados, los que para colmo piensan que es más confiable la información que brinda el Internet que un libro jurídico; individuos que han sido entrenados e instruidos solo "a leer la ley", acatarla sin chistar pero no para entenderla ni comprender el sentido tutelar de la norma existente.

En resumen, es una verdad incontrovertible que las Facultades de Derecho envían a las calles semestre a semestre, año con año, con una gran desventaja formativa (¿deformativa?), a millares de noveles licenciados del Derecho incompetentes y mal instruidos, condenados a pelear en su vida profesional batallas perdidas de antemano; aquí, la gran interrogante a responder es: ¿qué sucederá si tales alumnos son luego, por azares del destino, profesores de la materia del Derecho de la Seguridad Social en alguna universidad? Una cuestión harto inquietante, sin duda.

III. LA CRISIS DEL DOCENTE DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sin duda, de esa sentida problemática predescrita, junto a otras cuestiones colaterales que también influyen en el tema, se deriva la *enorme crisis de docentes* de la disciplina del Derecho de la Seguridad Social que padece nuestra América Latina.

Una verdad irrefutable es que la seguridad social y todo lo que le rodea hoy día, es una especie de "mundo mítico" en donde las medias verdades –que terminan siendo mentiras completas– es el pan de cada día, y que los rumores intencionales acerca de este derecho humano y social, de tanto repetirse, de repente se vuelven parte de la dura realidad contemporánea pues bien reza el popular aforismo: "una mentira repetida mil veces se convierte en verdad".

Los enemigos naturales de la seguridad social contemporánea, es decir quienes han visto en ella y en su eventual desmantelamiento una especie de botín susceptible de ser repartido, han propalado intencionadamente al través de los medios de comunicación masiva las ideas de que –a manera de botones de muestra–, que: "la seguridad social es un barril sin fondo que se traga enormes recursos públicos", o bien juicios de valor como que: "la seguridad social es cara y mala", o

también argumentan sin probarlo jamás que "la seguridad social es un gasto inútil del Estado". Por todo ello es falso. Bastaría efectuar un análisis serio en cada caso, para derribar el mito convertido en "verdad popular". Los docentes de esta materia en la América morena entera, tenemos muy claro que es urgente terminar con los mitos que denigran la seguridad social actual de una buena vez. Empero, para conseguirlo, debemos estar bien informados, ser analíticos para observar los hechos con objetividad y sin apasionamientos, teniendo siempre el valor ético de decir lo que opinamos aunque paguemos el precio de ir a contracorriente. No hay otra manera.

No obstante, el temor a ser criticados por nuestros propios pares y alumnos nos hace dudar, perder la confianza en nosotros mismos; es mil veces preferible preguntar y equivocarnos para corregir, antes de seguir viviendo en la ignorancia. Precisamente por eso debemos alentar a los alumnos a pensar y a preguntar, venciendo su natural timidez e indiferencia para con la clase, lo que conseguiremos haciendo que ellos participen proactivamente y se involucren en la materia.

Esa es pues nuestra ineludible responsabilidad profesional, la que siendo sinceros, no hemos sabido, podido o querido cumplir, permitiendo de paso que a los juslaboralistas, junto a los *segurólogos sociales*[5], se nos considere cultores de "una disciplina menor del Derecho" (sic), como prejuiciosa e injustificadamente consideran a quienes nos dedicamos al Derecho Social.

Por cierto, vale la pena explicar brevemente por qué nuestros ácidos críticos (los civilistas y *jusprivativistas* en general) nos dicen que somos "cultores de disciplinas menores": porque no hemos evolucionado a la par de la realidad, porque nos hemos quedado estáticos por simple comodidad en principios y valores jurídicos que si bien eran válidos a mediados del siglo XX, en el XXI ya fueron totalmente rebasados; porque vivimos en eternas indefiniciones doctrinarias y conceptuales, sin atrevernos nunca a asumir posturas ni a tomar partido respecto a su natural evolución.

Centrémonos en esto último: *las confusiones conceptuales del Derecho Social,* al no ser resueltas ni siquiera al seno de las Universidades o en foros temáticos

(5) Segurólogo social es un anglicismo derivado de social security (seguridad social), mediante el cual se conoce y reconoce a quienes se han dedicado por entero al estudio, cultivo e investigación de la Seguridad Social. En el ámbito jurídico, un segurólogo social es un jurista con un perfil distinto al juslaboralista, porque su campo de acción debe abarcar no solo lo propiamente laboral –Derecho del Trabajo o Burocrático–, sino también lo concerniente a figuras jurídicas emanadas de los Derechos Administrativo, Económico, Fiscal y Financiero del Derecho, que ya han cobrado carta de naturalización en el actual Derecho de la Seguridad Social.

especializados que reúnen a académicos expertos, se convierten en la vida real en problemas jurídicos mayúsculos. ¿Quién les explica a sus alumnos –y de paso a la clase política, a los periodistas o a la sociedad en su conjunto–, por ejemplo, que no es lo mismo la *asistencia social* que la *previsión social laboral,* que no son sinónimos la *protección social* que la *seguridad social*? Claro está que todas ellas son formas distintas, componentes de un esquema global de la protección social nacional, aunque cada una de ellas tiene diverso origen y finalidad así como sus propias características; sutiles diferencias si se quiere, pero diferencias que les distinguen al fin y al cabo(6).

Porque las diferencias conceptuales pre aludidas pueden ser tan sutiles como se quiera, pero lo existen y es nuestro deber puntualizarlas científicamente, siempre con estricto rigor académico para no confundirnos jamás en una ciencia social que a todos nos debiera interesar no hubiesen errores, lagunas u obscuridades –y por el contrario: que fuese siempre clara, nítida, prístina y transparente como el agua limpia, aunque algunos sin querer y otros interesadamente terminen por enturbiar–. Porque si los llamados *puntos finos* de la ciencia del Derecho no los sabe ni entiende un jurista, o finge interesadamente no entenderlo, entonces el problema se amplifica en esa caja de resonancia que es la ignorancia, en forma tal que afecta no solo a la sociedad sino a la propia ciencia jurídica al propiciar errores fatales, como lamentablemente sucede en el tema específico de nuestros sistemas de seguridad social nacionales latinoamericanos.

Acaso es que de antemano sabemos ya todas las respuestas, pues no nos falta información sino comprensión de la compleja realidad de la segunda década del siglo XXI; el problema de fondo estriba entonces en que no nos atrevemos a formularnos las preguntas correctas y pertinentes, ni imaginamos siquiera los alcances de nuestras eventuales respuestas. Porque un buen profesor de Derecho debe preparar a sus alumnos para que *aprendan a aprender,* a *disolver* los problemas en vez de *resolverlos* y no solo para que sepan cómo contestar un examen. He aquí un grave problema de la enseñanza de la ciencia jurídica actual: *sus operadores*... acaso muy buenos abogados ellos, pero ineficaces como profesores en plena "era del conocimiento".

(6) Al lector interesado en las diferencias sustanciales de los distintos componentes de la protección social existente, le sugerimos la lectura de la Adenda al libro de nuestra autoría intitulado: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. 14ª ed., 4ª reimp., Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 931-937.

IV. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ACTUAL

Interesados permanentes en todo lo que atañe a las cuestiones de la seguridad social contemporánea, sus vertiginosos cambios y su ominoso futuro, advertimos que en realidad son muy pocos los juristas que con dedicación cultivan esta singular disciplina jurídica, fundamentalmente porque con gran cortedad de miras se le sigue viendo todavía como un simple *apéndice* del Derecho del Trabajo, cuando para ser sinceros en el mundo entero la seguridad social se ha convertido en una de las estrategias políticas, económicas y fiscales más trascendentes de los Estados contemporáneos.

Todavía más: en la segunda década del siglo XXI estamos más cerca de un *Derecho Contributivo o Fiscal de la Seguridad Social,* que de un asunto propiamente laboral. Además, hay un hecho inobjetable e incuestionable que debería movernos por igual a todos los *juslaboralistas* y *segurólogos sociales* a la reflexión académica serena y comprometida: *la palpable deslaboralización de la seguridad social.*

Porque no obstante los dramáticos cambio sufridos en poco más de un siglo, tercamente nos empecinamos en seguir "atando" a la seguridad social del siglo XXI, a lo que fue cuando nació allá por la penúltima década del siglo XIX, con la ya obsoleta idea *Bismarckiana* del Seguro Social exclusivo para trabajadores subordinados, creyendo a pie juntillas y sin razón que solo tiene qué ver este magnífico esquema protector con el trabajo formal y regulado.

Sucede que al decaer el empleo en épocas de recesión económica, cuando nuevas formas laborales invaden el mundo que nosotros los jurisperitos conocíamos y cuando el desempleo vaga como fantasma por el planeta espantando a todos, tratar de seguir atando el servicio público de la seguridad social al trabajo formal socava de raíz el financiamiento de este servicio público que, recordémoslo, es un derecho humano y social inalienable, irrenunciable e inextinguible, a la par que es también un servicio público y un derecho social exigible al Estado entendido aquí como el garante primario y final de este magnífico sistema protector.

Desde luego que no es fácil para los juslaboralistas "puros y duros" hablar acerca de la indudable *deslaboralización* que ha sufrido la seguridad social contemporánea, e incluso es frecuente que por simple comodidad se le continúe ligando

con el Derecho del Trabajo, al seguir considerando sin razón, que la *seguridad social* es apenas un simple apéndice de aquel. Empero, ya Nestor de Buen Lozano, uno de los más prestigiados juslaboralistas de la actualidad –quien ha incursionado con éxito en la seguridad social y hasta obra escrita tiene en esta materia–, señala con rigor académico y singular acierto, una reflexión aleccionadora:

Una deformación antigua de los conceptos ha asociado históricamente al Derecho del Trabajo con el Derecho de la Seguridad Social. Los planes de estudio de las Universidades suelen colocarlos juntos, a veces en la compañía comprometedora del Derecho Burocrático, en una especie de síntesis de lo más importante del Derecho Social. *Por el mismo motivo se ha considerado, por supuesto que sin razón, que ser laboralista lleva en sí mismo el germen de la especialidad de la seguridad social. Nada más falso*(7).

Ello explica entonces, de alguna manera, la ausencia de verdaderos tratadistas y expertos estudiosos del Derecho de la Seguridad Social (léase: de *seguró-logos sociales*), pues los abogados hemos abandonado el cultivo de esta hermosa disciplina, y hemos dejado que asuman el liderazgo ideológico los economistas, los matemáticos actuarios, los contadores públicos y toda la gama de profesiones que se dedican en la vida cotidiana al simple cumplimento de obligaciones contributivas o bien a la creación de estrategias fiscales en la materia de la protección social. Esa es la razón por sostenemos que si el Derecho de la Seguridad Social nos abandona, lo hace en simple reciprocidad al abandono en que la hemos mantenido los juristas desde hace décadas. Prueba de todo ello es la siempre escasa bibliografía disponible en América Latina, pues de cada cien libros, ensayos o artículos publicados en materia del Derecho del Trabajo y demás temas afines al mundo laboral, encontramos acaso uno relativo al Derecho de la Seguridad Social(8).

Y que conste al punto que no proponemos crear *estancos* o pretendemos parcelar cada disciplina jurídica para una jurisdicción especial; empero, estamos convencidos de que se requiere con urgencia de Tribunales especializados, integrados por verdaderos expertos en la administración de justicia en esta delicada materia, que sean profesionales de la ciencia jurídica expertos que lamentablemente

(7) DE BUEN LOZANO, Nestor. *Seguridad Social*. Editorial Porrúa, México, 1995 p. IX. Por cierto, la cita es precisamente el primer párrafo del capítulo introductorio de dicho libro.

(8) Datos extraídos del "Informe-2005" de la Academia de Derecho de la Seguridad Social, la Previsión y el Trabajo, A.C., pionera en su género y la cual me honro en presidir, partiendo de un estudio-encuesta entre autores de libros y artículos jurídicos efectuado en el ámbito del Derecho Social para medir el impacto e interés académico del Derecho de la Seguridad Social con respecto del Derecho Laboral.

no forman nuestras universidades desde el aula. ¿Cómo defender entonces una disciplina que se ignora? ¿Cómo formar un dique de contención a las tendencias del desmantelamiento y privatización de que es objeto hoy día la seguridad social en un mundo de feroz economía globalizada? ¿Cómo cultivar una materia polivalente y multidisciplinaria en la cual inciden de manera importante disciplinas jurídicas interrelacionadas como el Derecho Administrativo, Fiscal, Laboral, Burocrático, Económico, Financiero y Bursátil?

Todo ello, en resumidas cuentas, produce un grave desequilibrio social e impide que la seguridad social cumpla con su función niveladora y redistributiva del ingreso nacional que le corresponde. O dicho de otra forma, a manera de colofón: el problema se traduce en una grave *injusticia social,* la cual lesiona no a individuos, lo que ya es grave, sino irremediablemente toda la colectividad organizada, que es peor.

V. CONCLUSIONES

Dijo el libertador Simón Bolívar, en su mítico discurso de Angostura del 15 de febrero de 1819: "El sistema de Gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política"(9). Hacen mucha falta verdaderos y bien preparados profesores en nuestras universidades con genuina vocación para la enseñanza del Derecho Social, que genere en los alumnos esa *conciencia de clase y clase en la conciencia* que requieren para convertirse en parte de la solución de los múltiples problemas y desafíos que nos presenta el siglo XXI. Por eso es que hemos sostenido que algo de lo más inseguro que existe en el mundo es precisamente la seguridad social.

Los alumnos necesitan profesores que les formen y no que solo les informen; de mentores que les provoquen no solo el indignarse ante el sistemático ataques que sufre la seguridad social contemporánea, sino que cobren conciencia de

(9) La cita es usualmente utilizada por la mayoría de los autores como una antecedente clave en el proceso de formación de la seguridad social en América, incluso por el propio Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), el órgano de docencia, capacitación e investigación de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) y de cuya plantilla académica el que esto escribe forma parte. Véase el texto íntegro de dicho discurso en: <http://juventud.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2009/05/discursoangostura.pdf>.

lo fundamental de su rol social en defensa de los intereses colectivos, teniendo una clara idea tanto del diagnóstico situacional como de la necesidad de que solidariamente se forme una barrera contra los intereses mezquinos que ven lucro en los servicios que componen la seguridad social y que, por ende, tienden a su privatización y apuestan a su eventual desaparición.

La educación ética, formativa más que informativa y con valores morales y sociales incluidos, es la llave que abrirá la puerta para un futuro mejor. Corresponde a los espacios universitarios crear entonces sistemas inteligentes de reclutamiento docente para elegir el perfil adecuado de cada profesor muy en especial en la disciplina del Derecho de la Seguridad Social –cuyas prestaciones tarde o temprano ocuparemos todos sin distingo–, debido a su enorme impacto humano y trascendencia social, pues para decirlo pronto: *la seguridad social es el más humano de todos los derechos humanos,* pues, sin salud, y sin recursos mínimos de subsistencia de muy poco nos sirven la vida o la libertad.

No será fácil hacerlo, pero sí que es posible. Como en el mundo actual imperan las feroces "reglas del mercado", las cuales nos imponen nuevos retos que deberemos afrontar con entereza, responsabilidad y altitud de miras, el quehacer sustantivo universitario debe tener claro que las problemáticas de la seguridad social que afrontamos no se resolverán como por arte de magia, sino que deben de efectuarse diagnósticos serios, objetivos y responsables, en la afanosa búsqueda de las anheladas propuestas de solución que la clase política, por sí misma, será incapaz de encontrar sin nuestra colaboración. Desde luego que *hace falta más Estado y menos mercado*, y en esa tarea jugaremos los académicos un rol trascendente.

Recuérdese al punto que los alumnos no son botellas medias vacías que debemos rellenar de conocimientos, sino que son lámparas qué encender pues cada uno trae su propia "luz" y todas ellas son, obviamente, de diferentes intensidades; cada cual brillará conforme a sus talentos naturales, pero lo hará mucho mejor si se le cultiva adecuadamente. Esto habrá qué entenderlo en nuestro compromiso ético-docente cotidiano, para bien de la ciencia que cultivamos y, especialmente, en el incomprendido proceso de la enseñanza de la disciplina del Derecho de la Seguridad Social. Entonces hay que atrevernos a ser sinceros con nosotros mismos.

Atrevámonos entonces a actuar aún a riesgo de fallar, aceptando que todos los humanos somos seres falibles; hay qué ser congruentes y consistentes, sí…

pero nunca debemos "casarnos" con nuestras propias ideas, porque la vida es harto evolutiva y es posible que lo que era válido en una época ya no lo sea en otra ante el inevitable cambio de paradigmas; nosotros los que rebasamos el medio siglo de edad, querámoslo o no reconocer, tenemos una enorme deuda intergeneracional para con nuestros hijos y las generaciones futuras que debemos intentar saldar antes de que nos gane la desesperanza, o que los problemas inherentes a la seguridad social se conviertan, al paso de los años, primero en un problema de seguridad pública y luego en un asunto de seguridad nacional. Al menos que no se diga que nadie advirtió a tiempo, pues no existe otra alternativa posible para Latinoamérica entera pues, en todo esto, se halla en juego nada menos que el futuro de nuestro continente: la amada América morena.

LA "TEORÍA DEL CASO" EN LOS PROCESOS ORALES LABORALES

RAÚL G. SACO BARRIOS[1]

Es muy difícil dejar de lado nuestros prejuicios en un caso como este. No importa contra qué te topes, los prejuicios obstruyen la verdad. Bueno, creo que no se ha producido ningún daño significativo acá. Porque realmente no sé cuál es la verdad. Nadie lo sabrá, supongo. Nueve de nosotros sentimos que el acusado es inocente, pero solo estamos apostando basándonos en probabilidades. Tal vez estemos equivocados. Quizás estamos tratando de reinsertar a la comunidad a un culpable. Nadie puede saber con certeza. Pero tenemos una duda razonable y esto es una salvaguarda que tiene un gran peso en nuestro sistema. Ningún jurado puede declarar culpable a una persona salvo que esté seguro. Los nueve no entendemos cómo ustedes tres están tan seguros. Quizás nos puedan explicar.

Sala de deliberación del jurado de una Corte de Justicia de Nueva York, verano de 1957

Jurado 8[2]

(1) Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Academia de la Magistratura. Secretario de Biblioteca y Publicaciones de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Adjunto de docencia de Mario Pasco Cosmópolis en el curso "Derecho Laboral", ciclo 2000-2, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador, entre 1983 y 1985, en el Instituto de Estudios del Trabajo (IET), cuya jefatura ejerció Mario Pasco Cosmópolis. Integrante, entre 1981 y 1983, del grupo de estudio e investigación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social que dirigió Mario Pasco Cosmópolis, constituido por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumno del curso "Derecho Laboral" dictado por Mario Pasco Cosmópolis, ciclo 1981-1, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. rgsaco@pucp.edu.pe

(2) Personaje de "12 Hombres en Pugna" ("*Twelve Angry Men*") de Reginald Rose; interpretado por Mario Pasco Cosmópolis durante la puesta en escena –montaje *amateur* a cargo de la comisión "Arte y Derecho"

Aquel que no estudie de antemano el caso, que no lo conozca y domine en profundidad, que no planifique su actuación, no organice sus interrogatorios, no estudie lo necesario quedará evidenciado, saltarán a la vista su improvisación, su desconocimiento, su ignorancia, su ineptitud. Y no solo frente al público presente, sino para la posteridad (…)[3].

Mario Pasco Cosmópolis

Conocí a Mario Pasco Cosmópolis el 17 de abril de 1981 según refiere mi cuaderno de apuntes del curso "Derecho Laboral" –hasta hoy lo conservo–, del que fue mi profesor en el primer semestre académico de ese año en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Apenas después de rendido el examen parcial, Pasco nos invitó –a mí y a cuatro compañeras– a estudiar e investigar con él, bajo su dirección, temas propios al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

También a invitación suya y con él como jefe, ingresamos todos en 1983 al (ya desaparecido) Instituto de Estudios del Trabajo (IET); entonces, órgano descentralizado del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Entre otras tareas ahí realizadas, tuve la satisfacción de coordinar la edición –con Pasco como director de esta– del libro *Seminario Bases para una Ley General del Trabajo*[4], que reunió los documentos y deliberaciones, presentados y realizadas, en el marco del seminario cerrado de igual nombre, con vistas a fijar los lineamientos para el dictado de una Ley General de Trabajo en el Perú. Para mí –aún alumno universitario–, fue una experiencia académica inolvidable.

---

de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú– los días viernes 5, sábado 6 y domingo 7 de abril de 2013, presentada en el Centro Cultural PUCP.

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Presentación de la reforma laboral". En: *II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Piura, 27, 28 y 29 de noviembre de 2013*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2014, p. 22.

(4) Seminario "Bases para una Ley General del Trabajo" (Lima, 30 enero / 3 febrero, 1984), CIAT/OIT - IET, Lima, 1985, iv + 440 pp.

Impulsados por Pasco, un grupo del equipo de investigadores del IET participamos en el "I Curso de Derecho del Trabajo Comparado", con nivel de postgrado, realizado, en 1985, por la Universidad de Passo Fundo (Rio Grande do Sul, Brasil).

Pasco fue además el asesor de mi tesis universitaria: "*Jus Variandi*. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador". Durante el largo tiempo que me tomó su elaboración y hasta su culminación exitosa y ulterior publicación(5), fue un preocupado acompañante en esta aventura intelectual y supo alentarme en los momentos en los cuales –decía– flaqueaba mi perseverancia.

Asiduo asistente a eventos internacionales, debía ausentarse con alguna frecuencia del dictado de clases en la Universidad Católica. Me encomendaba, entonces, que lo reemplazara hasta su retorno.

Fui igualmente asistente suyo durante dos o tres años en el curso "Derecho Laboral Empresarial", dictado en la Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Empresa; también en la Católica.

¡Siempre fue muy grato y aleccionador para mí compartir con él todas estas labores e intereses académicos!

Ahora escribo en esta sentida "Publicación en Memoria" suya –*Libro Homenaje*, le llamamos–, con la alegría y el entusiasmo de haber sido, asimismo –al lado de Jaime Zavala Costa y Alfonso de los Heros Pérez Albela, directores–, como Secretario de Publicaciones de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, coordinador de su edición.

I. INTRODUCCIÓN

Mario Pasco Cosmópolis, tan querido Maestro y Amigo –permítaseme las letras mayúsculas iniciales–, tuvo, entre sus diversos afanes académicos y profesionales, gran interés por el Derecho Procesal del Trabajo(6). Durante su destacada

(5) SACO BARRIOS, Raúl, *Jus Variandi. Modificaciones Unilaterales a la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador*. CIAT/OIT, Lima, 1993.

(6) En la Segunda Reunión de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizada en octubre de 1990 en Puebla (México), presentó su ponencia "Los principios del Derecho Procesal del Trabajo", publicada en: *Anales del II Congreso de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (coordinador: Nestor de Buen Lozano; México, 1990). Publicó

gestión como Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, entre los años 2007 y 2008, promovió intensamente en el Perú una nueva regulación procesal laboral y cumplió su objetivo: en enero de 2010 se promulgó y publicó la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Desde entonces, y como él mismo decía respecto a ella, vino "proclamando sus virtudes por calles y plazas"[7].

En este *Libro Homenaje* a él dedicado, escribo, entonces, sobre la "teoría del caso" *en los procesos orales laborales*: en primer lugar, presentaré brevísimamente *la nueva regulación procesal laboral peruana*; en segundo lugar, expondré algunas consideraciones sobre *la oralidad, el proceso por audiencias y la litigación oral*; en tercer lugar, referiré algunos aspectos básicos sobre *la teoría del caso* (su concepto, características, elementos e importancia; y la alusión a ella en las resoluciones del órgano jurisdiccional); y *en cuarto lugar* y en perspectiva, plantearé una reflexión muy puntual.

En la exposición que sigue y para relievar su memoria, he privilegiado citarlo expresamente en el cuerpo principal del texto mientras que los demás autores en los que apoyo este estudio están nombrados únicamente en citas a pie de página.

II. LA NUEVA REGULACIÓN PROCESAL LABORAL PERUANA

En el Perú, se ha dado la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT)[8], publicada el 15 de enero de 2010 y vigente a partir del 15 de julio de igual año[9]. Sin embargo, su aplicación viene siendo progresiva según disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial[10].

---

también el libro: *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo* (Aele, Lima, 1997), presentado el 1 de mayo (Día del Trabajo) de 1997 en el Cusco (Perú), en el ambiente del (Primer) Congreso Internacional del Derecho Procesal Del Trabajo (abril-mayo de 1997). Ambos estudios, además de numerosos artículos sobre la disciplina en obras colectivas y revistas especializadas.

(7) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "Algunas 'situaciones disfuncionales' en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Revista Análisis Laboral*. Nº 401, Lima, noviembre de 2010, p. 65.

(8) Aunque promulgada y publicada en enero de 2010, la Ley Nº 29497 ha sido denominada "Nueva Ley Procesal del Trabajo". Por lo tanto y aunque pase el tiempo, tendremos siempre que nombrarla así: "Nueva Ley Procesal del Trabajo" (Cfr. ELÍAS MANTERO, Fernando. "Comentario inicial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. Nº 29, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 63).

(9) La NLPT puede verse en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29497.pdf>.

(10) Por ejemplo, la NLPT se aplica recién desde el 5 de noviembre de 2012 en el distrito judicial de Lima.

La NLPT persigue el robustecimiento de la justicia laboral. Al efecto, propugna la celeridad[11] en la tramitación de los procesos, mediante la promoción de la *oralidad* y, consecuentemente, la instauración de un *proceso por audiencias* con base en la *litigación oral*. Todo esto, con apoyo en la tecnología moderna.

III. ORALIDAD, PROCESO POR AUDIENCIAS Y LITIGACIÓN ORAL

La oralidad, el proceso por audiencias y la litigación oral son la "antesala" de la "teoría del caso". Para mejor comprender y explicar esta última, es necesario esclarecer aquellos[12]. Hagámoslo brevemente.

A) Oralidad

Oralidad significa "Cualidad de oral"[13]. Y *oral*, "Que se manifiesta mediante la palabra hablada"[14], "Que se expresa verbalmente, por medio del habla"[15], "De palabra; de viva voz"[16].

Así entendida y por cuanto concierne al Derecho Procesal del Trabajo, la oralidad implica que en los procesos judiciales laborales deba preferirse la palabra hablada antes que la escrita: con miras a respaldar la *igualdad real* entre los querellantes (empleador y trabajador son intrínsecamente desiguales) y promover la *publicidad*[17] (y consecuente *control social*) del quehacer procesal, a más de para *evitar voluminosos expedientes* de difícil manejo y actas de escasa o ninguna utilidad.

(11) Sobre la celeridad en los procesos laborales, puede verse: PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *La celeridad procesal: ¿Un* desideratum, *una entelequia?* En: PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coordinador). *Actualidad Derecho del Trabajo*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Asociación Escuela de Graduandos de Iure, Lima, 2009, pp. 253-286.

(12) No se puede abordar "el tema de [la] litigación oral si previamente no nos ocupamos de la oralidad" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar. La oralidad y la litigación oral en el nuevo proceso laboral". En: CHICO COLUGNA, Franco (coordinador). *Preguntas y respuestas sobre el nuevo proceso laboral*. Ediciones BLG, Trujillo, 2011, p. 21; también: "La oralidad y la litigación oral en el proceso laboral". En: *Soluciones Laborales*. Nº 44, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011, p. 73).

(13) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23ª ed., Edición del Tricentenario, Espasa, Madrid, 2014.

(14) Loc. cit.

(15) *Diccionario Enciclopédico*. Ediciones Larousse, Bogotá, 2003.

(16) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1980.

(17) "Publicidad" respecto a "hacer público" el proceso, no a aplicar *marketing* con este o a promover una exposición mediática del asunto litigioso.

Esta opción por la oralidad en modo alguno determina la total desaparición de la escritura. En rigor, parece imposible la existencia de un proceso enteramente oral. Los procesos son más bien mixtos, y las denominaciones *proceso oral* y *proceso escrito* refieren, en cada caso y respectivamente, el mayor predominio de la palabra hablada o de la escritura en un proceso específico.

Al respecto, Pasco enseña: "Oralidad y escrituración (o proceso oral versus proceso escrito) no son términos necesariamente antitéticos o que mutuamente se rechacen, ya que ninguno de ellos es absoluto. (…) Más que una dicotomía excluyente podría hablarse de predominio de una forma sobre la otra. Todo proceso es esencialmente mixto y combina oralidad y escrituración, pero el proceso laboral coloca decisivo énfasis en la primera"[18]. Así, las cosas, agrega que "la oralidad no es un prurito de novedad, sino el prerrequisito, la condición *sine qua non* para hacer operativo el conjunto de peculiaridades que hacen del proceso laboral uno sustantivamente diverso del común"[19].

Acaso por eso mismo y sin perjuicio –entendemos– de tal apreciación, el mismo Pasco –tan pronto fue promulgada la NLPT, ha advertido que la oralidad "no es un simple atributo o peculiaridad, sino un carácter que cimenta y califica todo un sistema procesal"[20]. Lo que distingue un proceso oral de uno escrito "no es el que todos los actos dentro de cada cual deban desarrollarse forzosamente de manera oral o escrita, sino la forma como se relacionan las partes entre sí y, sobre todo con el juez, así como el modo como este toma contacto y puede apreciar la prueba"[21].

Entonces, la oralidad: *por un lado*, implica el predominio de la palabra hablada; *por otro lado*, una forma de relación –entre las partes, entre estas y el juez, y entre este y los medios probatorios–. Aunque podemos percibir un tránsito del primer "tipo" de oralidad al segundo –desde el punto de vista procesal, la oralidad

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. Aele, Lima, 1997, pp. 91-92. Poco tiempo después y en la misma línea, Pasco decía: "El proceso laboral debe ser sencillo, prevalentemente oral, libre de solemnidades" (PASCO COMÓPOLIS, Mario. "Los principios del Derecho Procesal del Trabajo". En: AA.VV. *El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio. En conmemoración de los 70 años de la incorporación de la República Dominicana a la Organización Internacional del Trabajo*. Secretaría de Estado de Trabajo, Santo Domingo, 1999, p. 129.

(19) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos* ... Ob. cit., p. 94.

(20) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Oralidad, el nuevo paradigma". En: *Soluciones Laborales*. Nº 25, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2010, p. 55. También: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú. Pilares y paradigmas". En: HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar (compilador). *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Anuario 2012*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barquisimeto, 2013, p. 145.

(21) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Oralidad*... Ob. cit., p. 55. También: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La nueva Ley …". Ob. cit., p. 145.

es hoy más que el mero uso de la palabra hablada–, ambos aspectos no nos parecen del todo excluyentes; de todos modos debiera procurarse un razonable equilibrio entre el ejercicio de la retórica y las técnicas de la litigación oral.

Desde otro punto de vista, consideremos que "en términos generales, todos sabemos hablar pero no todos sabemos leer ni sabemos escribir. Habida cuenta de que en el litigio laboral participa siempre, por necesidad, un trabajador o un conjunto de ellos, y que estos no son necesariamente letrados, uno de los rasgos que la doctrina reclama para el proceso laboral es la simplicidad, tanto en la estructura del procedimiento cuanto, incluso, en la formulación del texto legal, los cuales deben ser de fácil inteligencia para el lego. Tal propósito es más factible con un trámite oral que a través del intercambio de escritos, hábitat natural del abogado, no del trabajador"[22]. En cualquier caso, "La escritura sirve para comunicarse entre ausentes; los presentes usan la palabra hablada"[23]. Además, "la escritura puede contener con más facilidad una mentira, que una declaración expresada oralmente"[24].

En definitiva, la introducción de la oralidad en los procesos judiciales laborales constituye una evolución respecto al antiguo procedimiento común u ordinario, que era escrito[25], secreto o reservado, seguido en etapas separadas, sin trato directo entre el juez y las partes, y con un régimen complicado de estimación de la prueba[26] (sistemas de prueba libre y de prueba tasada, pruebas plenas y pruebas semiplenas o medias pruebas[27])[28].

---

(22) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Oralidad…,* cit., pp. 55-56.

(23) CHIOVENDA, cit. por GARCÍA VARA, Juan. "La oralidad en los juicios de trabajo". En: *La Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos–*. Nº 4, Serie Normativa, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 208.

(24) Ibídem, p. 217.

(25) Juicios o litigios "de papel", los ha llamado Ricardo León Pastor (LEÓN PASTOR, Ricardo. "Expectativas en litigación oral". En: *Jurídica*. Nº 388, suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, Lima, 3 de enero de 2012, p. 6).

(26) Cfr. VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1984, pp. 58-59.

(27) En el sistema de *prueba libre*, la prueba es valorada sueltamente por el juez; en el de *prueba tasada*, la ley impone un medio probatorio en particular para la demostración de un hecho determinado. En otro orden de ideas, *prueba plena* es la que produce certeza respecto a la veracidad de un hecho o de una afirmación y por eso mismo, obliga la decisión del juez; *prueba semiplena* o *media prueba* es la que adolece de tal característica y, por tanto, es apreciada por el juez según las reglas de la crítica (cfr. PERLA VELAOCHAGA, Ernesto. *Juicio ordinario*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. - EDDILI, Lima, 1987, p. 298).

(28) Américo Plá Rodríguez ha destacado la "experiencia pionera de la Justicia del Trabajo", sobre la cual tiene escrito: "La experiencia de la Justicia del Trabajo ha sido muy rica y muy amplia. Pero una de las aristas más interesantes fue que permitió ensayar determinadas soluciones que los procesalistas recomendaban para el procedimiento común (oralidad, concentración, inmediatez, gratuidad, impulso de oficio, entre las más importantes) pero que no las podían llevar a la práctica con carácter general por las mayores dificultades derivadas de ese ámbito más grande de aplicación. Una vez que se aplicaron en materia laboral y se pudieron comprobar en la práctica su factibilidad y viabilidad, así como confirmar

B) Proceso por audiencias

Cuando el proceso es predominantemente oral, se habla, mejor, de *proceso por audiencias*[29].

Al respecto, Pasco escribe: "Al proceso oral –conocido también como *proceso por audiencias*– se le atribuyen innúmeras ventajas, entre ellas su sencillez (...)"[30]. "El proceso oral, basado en audiencias, incorpora elementos fundamentales: sencillez, rectitud, concentración, inmediación; y además, en los tiempos modernos, puede y debe estar soportado en los avances prodigiosos de la tecnología. Con ello, se producirá un avance fenomenal en la búsqueda de la celeridad"[31].

¿Qué ocurre en el Perú?

El proceso laboral regulado por la NLPT engloba *dos audiencias* (ambas, una suerte de "núcleo duro" del proceso): una de *conciliación* (art. 43) y otra de *juzgamiento* (art. 44).

En el *proceso ordinario laboral*, ambas *audiencias son independientes*; ello no obstante, de no solucionarse íntegramente la controversia en la audiencia de conciliación y cuando el asunto debatido sea solo de derecho o siendo también de hecho no se precise actuar algún medio probatorio, el juez dicta el fallo de su sentencia: en la misma diligencia y en un lapso no mayor de sesenta minutos (art. 43 párr. 3).

En el *proceso abreviado laboral*, las dos audiencias conforman una *audiencia única*, que contiene y concentra la de conciliación y la confrontación de posiciones, la actuación probatoria, los alegatos y la sentencia (art. 49).

---

las expectativas que habían engendrado, creció la idea de extenderlas con carácter general a todo el procedimiento común" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Visión crítica del Derecho Procesal del Trabajo. En: GIGLIO, Wagner D. (oordenação). *Processo do Trabalho na América Latina. Estudos en homenagem a Alcione Niederauer Corrêa*. LTR Editora, São Paulo, 1992, p. 240).

(29) Plá Rodríguez ha apuntado que "El procedimiento es predominantemente oral por cuanto varios actos se realizan a través de la palabra hablada, pero no se excluye que haya ciertas piezas (demanda, contestación, recursos, traslado de los recursos) que se presentan por escrito. Por eso, a veces se habla del *proceso por audiencias*" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., p. 241. Letras cursivas nuestras). A decir de Enrique Véscovi, "la oralidad, el *proceso por audiencias*, es el que mejor se compagina con el principio de *concentración*, que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso. Es natural que dicha concentración se cumpla fundamentalmente por medio de la audiencia, realizándose la parte fundamental del procedimiento en un solo acto (aun cuando haya que prolongarla si no se puede agotar en una jornada) en el que se concentran la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia. De ese modo es como el tribunal puede tener una cabal y completa comprensión de las cuestiones debatidas y del objeto del proceso, y estar mejor habilitado para decidir" (VÉSCOVI, Enrique. Ob. cit., p. 60. Letras cursivas nuestras).

(30) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Oralidad* ... Ob. cit., pp. 55-56. Letras cursivas nuestras.

(31) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *La celeridad procesal* ... Ob. cit., p. 286.

En este proceso por audiencias y en tanto que soporte del despliegue del procedimiento, *sobresale la oralidad*: las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas –con base en aquellas, el juez dirige las actuaciones procesales y expide sentencia–; y por mandato expreso de la NLPT, "Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento" (art. 12.1).

De ahí que deba hablarse, mejor, de *litigación oral*.

C) Litigación oral

El predominio de la oralidad impone al juez, a los abogados y litigantes un drástico cambio de actitud respecto al proceso mismo y su tramitación. Efectivamente, el juez, los abogados y las partes deben tener cabal conocimiento de los hechos controvertidos; el juez y los abogados, una mejor preparación respecto al Derecho y normas aplicables al caso concreto. Además, tanto el juez como los abogados requerirán aprender técnicas idóneas para el *litigio oral*(32). Deberán mejorar también sus habilidades sobre relaciones humanas, inteligencia emocional, empatía(33), comunicación, negociación, persuasión (…); incluso, sobre artes escénicas y oratoria(34).

(32) Esto porque, lamentablemente, la mayoría de abogados han sido "formados para organizarse y navegar en juicios de papel, escribiendo para que asistentes judiciales lean e interpreten sus escritos, y carecen de toda habilidad práctica para persuadir razonadamente a un juez en audiencia". (LEÓN PASTOR, Ricardo. Ob. cit., p. 6). Al parecer, el aprendizaje y la capacitación de cualesquiera destrezas, técnicas o habilidades respecto a la litigación oral requerirán dedicación y esfuerzo: "Está demostrado que, si bien es trabajoso aprender nuevas destrezas, lo es mucho más desaprender las que ya habíamos adquirido" (*loc. cit.*).

(33) En el contexto de la "litigación oral", nos resulta curiosa la forma cómo, entendemos, puede operar la empatía: Ante todo, "El orden jurídico puede ser visto o abordado desde puntos de vista o perspectivas distintas y con intereses distintos" (CARRIÓ, Genaro R. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 26). Entonces, "Solo si somos capaces de apreciar la situación desde los otros dos puntos de vista –el de nuestro adversario y el del juez– podremos reforzar nuestra argumentación de manera de persuadir al Tribunal de que tenemos mejores razones que nuestro adversario. Hay que estudiar a fondo las pretensiones del colega contrario y los argumentos en que las sustenta. Ver en qué medida están probados los hechos que da por probados. En qué medida las normas que invoca autorizan, frente a las circunstancias del caso, las conclusiones que extrae de ellas" (Ibídem, p. 71). Básicamente, "ponernos en el punto de vista de quien tiene interés en argüir que no hay tal cosa como H [conjunto de hechos], (que es lo que nosotros pensamos); (...)" (Ibídem, p. 38).

(34) A todos estos efectos (litigio oral y demás aspectos), estimamos provechosos los cursos que se imparten, por ejemplo, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: en la Guía de Matrícula de Derecho (ciclo 2015-1), encontramos los cursos "Teoría del conflicto y mecanismos de solución", "Argumentación jurídica", "Comunicación (jurídica) eficaz", "Estrategia procesal y litigación oral", "Destreza legal", "Negociación y conciliación" y "Bridge". Dicha Guía puede verse en: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/02/guiafinal_2015-1.pdf>.

En verdad, la *litigación oral* y el cambio de actitud (del juez, de los abogados, de las partes) respecto al proceso mismo y su tramitación requiere el conocimiento y práctica de ciertas *técnicas*[35]: *por un lado*, respecto a la "teoría del caso" y los alegatos de apertura (o preliminares o de presentación) y de clausura (o de cierre o final); por otro lado, sobre el interrogatorio (o examen) directo, el contrainterrogatorio (o contraexamen) y las objeciones.

Se trata, pues, de determinadas *habilidades*, "que tienen relación con un pulido planeamiento estratégico, alrededor de la teoría del caso, una buena investigación de los hechos que nos lleve al máximo potencial probatorio del mismo, un cuidado ejercicio respecto a los puntos fuertes de nuestros alegatos (sin descuidar las réplicas y dúplicas que haremos respecto a la teoría del caso oponente), y en particular un entrenamiento intensivo sobre cómo administrar los interrogatorios a testigos y peritos. Este es un arte que requiere, en esencia, de cientos de horas de práctica profesional bien guiada"[36].

Todas estas destrezas, técnicas y habilidades se aplicarán en la sala de audiencias de un juzgado o tribunal, que es, a la postre, el sobrio "teatro" en el cual el juez, los abogados y las partes deberán desenvolverse[37].

Desde otro punto de vista, enfaticemos que la litigación oral amalgama o reúne, en las actuaciones judiciales, los principios del Derecho Procesal del Trabajo

(35) "La labor de los abogados es, pues, una labor *técnica*; consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada" (CARRIÓ, Genaro R. Ob. cit., p. 26). "Las técnicas son el fundamento de un arte", tiene dicho Steven H. GOLDBERG (GOLDBERG, Steven H. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento y qué diré?* Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 11); "El arte de la defensa en juicio", dirá el mismo autor (Ibídem, p. 10). El *arte de la litigación oral*, decimos nosotros con relación al tema que nos ocupa.

(36) LEÓN PASTOR, Ricardo. Ob. cit., p. 6.

(37) Pasco fue hombre de teatro. También lo fue su buen amigo Héctor-Hugo Barbagelata, reconocido jurista uruguayo fallecido igualmente en el 2014. En un interesante estudio: "Los actores en las relaciones de trabajo", Barbagelata escribía que "las relaciones laborales no transcurren como un monólogo, sino que existe una pluralidad de actores, que desempeñan cada uno roles complejos que, a veces, se desdoblan y otras se agrupan, según un libreto que se asemeja al simple cañamazo, a partir del cual las máscaras de la *Commedia dell'arte* creaban la verdadera acción" (BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "Los actores en las relaciones de Trabajo". En: *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, pp. 45-46); entre tales "actores", cada cual con su respectivo "papel", son "protagonistas" los trabajadores, los empleadores y el Estado –entre otros roles, como "Estado Juez en los conflictos de trabajo"– (Ibídem, pp. 46 y siguientes). Además, "el gran teatro del mundo del trabajo está registrando permanentemente cambios; los actores mudan su maquillaje o sus vestimentas, o se ponen diferentes máscaras, alteran la entonación o el discurso, e incluso son sustituidos por otros en los mismos roles, como en esas obras que quedan muchos años en el cartel" (Ibídem, pp. 78-79). Uno de tales cambios es, creemos, la introducción de la litigación oral en los procesos laborales establecidos para solucionar los conflictos jurídicos de trabajo.

–protector, veracidad– y los caracteres del proceso laboral –oralidad, publicidad, celeridad, concentración e inmediación–[38].

En resumen, la "litigación oral" es la acción de litigar oralmente; o, si se quiere, el "arte" del uso de la oralidad en un pleito judicial[39]. Por eso mismo, un mecanismo apropiado para gestionar eficazmente y mejor definir los procesos laborales[40].

Esto sentado y aunque la "litigación oral" constituya el *ejercicio natural* de la oralidad y opere habitualmente en el "procesos por audiencias", adviértase que este no siempre garantiza el pleno desenvolvimiento de aquella. En otras palabras, la litigación oral se facilita mediante el "proceso por audiencias" pero este *no es* "litigación oral". En nuestro país, ilustra tal situación el Código Procesal Civil: regula las audiencias de saneamiento (art. 449), conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos (arts. 468 a 472), de pruebas (arts. 202 a 212) y única (art. 554) –a convocarse según el tipo de proceso del que se trate, a saber, de conocimiento, abreviado o sumarísimo–; sin embargo, estos procesos son predominantemente escritos y los actos procesales –del juez y de las partes–, harto formales[41].

En fuerza de lo expuesto, debiera renunciarse a la arcaica manera de litigar por medio de escritos en favor de pleitear en juicios orales estructurados

(38) Cfr. MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …". Ob. cit., p. 19; también: "La oralidad …" Ob. cit., p. 72).

(39) La práctica de todo arte debe satisfacer ciertos requisitos generales, libres completamente del arte del que se trate: disciplina, concentración, paciencia y una preocupación máxima por el dominio del arte (cfr. FROMM, Erich. *El arte de amar. Una investigación sobre la naturaleza del amor*. Paidós, Buenos Aires, 1984, pp. 105-107). También, el arte de la litigación oral.

(40) En el entorno judicial, entonces, la litigación oral "no es otra cosa que el procesamiento de los planteamientos iniciales" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …", cit., p. 28; también: "La oralidad …", cit., p. 76). Así, "la litigación oral no es ni debe ser exclusiva del proceso penal (…) sino que es común para resolver todos los conflictos, tanto penales, como civiles, laborales, constitucionales, entre otros (…)" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …", cit., p. 27; también: "La oralidad …", loc. cit).

(41) Víctor Raúl Malca es contundente: si bien el proceso civil responde al diseño de un proceso por audiencias, no constituye un proceso oral toda vez que "las demandas e instancias se inician mediante escritos y nunca mediante declaraciones verbales de las partes ante los juzgados; las reconvenciones se formulan siempre por escrito y no se permiten oralmente en audiencia; las pruebas (contratos, actas, peritajes, informes, etc.) se llevan al juez y los interrogatorios se supeditan a pliegos de preguntas (...) que se elaboran sin tener conocimiento del planteamiento de la contestación (...); asimismo, las discusiones, defensas y réplicas se presentan mediante escritos ingresados en las mesas de partes de los juzgados (...)" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …". Ob. cit., pp. 17-18; también: "La oralidad …". Ob. cit., p. 71). Con excepción del proceso sumario, "no existen debates analizando los medios de prueba en audiencia", que es donde debiera producirse verdaderamente la prueba y dictarse de inmediato la sentencia –con base en lo actuado y la prueba producida, previos alegatos de las partes–; "es decir, se confunde, la oralidad como principio o técnica de resolución de conflictos, con la retórica" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …". Ob. cit., p. 18; también: "La oralidad …". Ob. cit., pp. 71-72).

sobre la base, en el proceso pertinente, de la "teoría del caso" que cada parte formule(42).

En las líneas que siguen, nos referimos específicamente a la *teoría del caso*. Acerca del *juicio como teatro*(43) y por cuanto a ella concierne, "el caso individual más difícil tanto para el dramaturgo como para el abogado procesal, es llevar el mundo entero a la escena en un paquete bastante pequeño, de modo que no abrume, confunda y aburra al público o al jurado"(44); o al juez.

IV. TEORÍA DEL CASO

La *teoría del caso* es la "piedra angular" o "columna vertebral", la base misma o componente nuclear de la litigación oral(45).

Al respecto, Pasco ha apuntado sintéticamente que la teoría del caso es "la presentación del asunto en disputa desde la perspectiva de su propia visión"(46); y afirma que en los procesos orales, su construcción constituye "lo central y vital"(47).

A continuación exponemos el *concepto*, las *características*, los *elementos* y la *importancia* de la teoría del caso; y mostramos cómo esta es citada en algunas *resoluciones del órgano jurisdiccional*.

A) Concepto

Sugerimos la definición siguiente:

> *La teoría del caso es la narración o relato simple, racional, verosímil e inmutable elaborado por cada una de las partes de un proceso, consistente en la apreciación y versión de cada una de ellas acerca de los hechos, de la veracidad de estos –a demostrar con los medios probatorios pertinentes– y del derecho aplicable, orientada a persuadir al juzgador en procura de una decisión favorable*(48).

(42) Cfr. MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …". Ob. cit., p. 16; también: "La oralidad …". Ob. cit., p. 71.

(43) Cfr. GOLDBERG, Steven H., p. 18.

(44) Ibídem, p. 52.

(45) "El primer trabajo del litigante es definir su historia, su teoría del caso (…)". (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 52).

(46) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Oralidad* ... Ob. cit., p. 58.

(47) Loc. cit.

(48) Según Rodrigo Alcaíno y Matías Cortés, la teoría del caso es "el relato simple, hilado, único, coherente y creíble de los hechos que van a ser materia de juicio"; o más simplemente, "la explicación que de los

Veamos algunos ejemplos: a) dado el impedimento de ingreso del trabajador al establecimiento, este considera que se ha producido un despido "de hecho" que lo autoriza a reclamar una indemnización por despido arbitrario en tanto que el empleador entiende que tal circunstancia responde al vencimiento del plazo de un contrato de trabajo de duración determinada; b) frente a un despido súbito, el trabajador estima que el empleador –al no haberle otorgado previamente la posibilidad de defenderse de ciertos cargos– ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso y plantea la nulidad de aquel (con miras a su reposición o reinstalación en el empleo) mientras que el empleador cree que tal posibilidad es contraria a la razón por cuanto el trabajador ha incurrido en falta grave flagrante; c) en atención a algunas acciones u omisiones del trabajador que afectan drásticamente la economía de la empresa, el empleador supone que este ha incurrido en el incumplimiento de obligaciones de trabajo y formula contra él una demanda en busca de una indemnización por daños y perjuicios a la vez que el trabajador alega haber obrado con la diligencia debida en el desempeño de sus tareas y que aquella afectación responde a la concreción de un riesgo propio a las actividades del negocio.

---

hechos que van a ser juzgados tiene cada una de las partes. Cada uno de los intervinientes de un juicio concurre al tribunal con una versión de los hechos, reclamando para esa versión la aplicación del derecho objetivo vigente. Esa versión de los hechos es, pues, la teoría del caso de cada parte" (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. *Curso elemental de litigación oral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 47). Malca indica que la teoría del caso "no es otra cosa que el planteamiento de la argumentación de lo que la parte va a demostrar en el proceso, es decir, es la consolidación de la convicción formada por la parte, de lo que va a llevar como planteamiento al juicio oral, y de cuya verdad, va a tratar de convencer al juez a través de los medios de prueba que va a introducir al juicio" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar …". Ob. cit., pp. 30-31; también: "La oralidad …". Ob. cit., pp. 77-78). Óscar Peña cita las definiciones siguientes: la teoría del caso es "el conjunto de explicaciones jurídicas (teoría jurídica) e hipótesis descriptivas y explicativas de hechos (teoría fáctica) que las acompañan"; a saber, "la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar (...), la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos" (PEÑA GONZÁLES, Óscar. *Técnicas de litigación y conciliación aplicadas al proceso laboral*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC, Lima, 2011, pp. 222 y 252). Para César Higa, la teoría del caso "consiste en la historia lógica y persuasiva sobre la ocurrencia de un determinado evento y sus consecuencias legales"; y "caso" es "el relato lógico, ordenado, claro y persuasivo que realizan las partes sobre los hechos que sustentan su pretensión. No es una simple descripción de los hechos, sino que es un relato que tienen como objetivo exponer y convencer al juez respecto de lo que sucedió en la realidad" (HIGA SILVA, César. *Litigación, argumentación y teoría del caso.* ARA Editores, Lima, 2011, pp. 23 y 24); entonces, "la teoría del caso es el razonamiento lógico-jurídico formulado como un argumento que busca demostrar una o más de las conclusiones del caso como un todo" (Ibídem, p. 38). A decir de María Ávalos, la teoría del caso es la exposición que el demandante o el demandado realiza sobre los hechos relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los respaldan; esto es, la teoría que cada una de las partes propone sobre la forma como acontecieron los hechos y la responsabilidad del demandado, conforme a los medios probatorios que presentarán durante el juicio (Cfr. ÁVALOS CISNEROS, María. "La práctica de la litigación oral". En: *Jurídica*. Nº 273, Suplemento de análisis legal del diario *El Peruano*, Lima, 20 de octubre de 2009, p. 2).

B) Características

De la definición sugerida, advertimos que la teoría del caso (construida debidamente) satisface las *características* siguientes:

a) Narración o relato

La teoría del caso es principalmente una *narración o relato*. En tal virtud, refiere todos los hechos que la parte procura esclarecer con relación al asunto litigioso, por ella o contra ella, propuesto.

Así concebida, la teoría del caso constituye una "historia" [(49)]: una exposición de sucesos pasados[(50)].

De ahí que, al tiempo de su elaboración, convendrá indagar "qué ha ocurrido en el pasado en casos los más semejantes posibles al nuestro"[(51)], qué dicen los repertorios jurisprudenciales.

b) Simplicidad

Tal historia debe ser –ante todo– simple, sencilla, nada complicada o de escasa complejidad, de fácil comprensión y libre de un sinfín de elementos cambiantes[(52)]. En tal contexto, la claridad, la precisión y el orden son fundamentales e imprescindibles[(53)].

---

(49) "El abogado es ante todo un narrador de historias" (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 49). En esa línea, "uno de los aspectos principales y primarios del litigante es definir y precisar cuál es su caso, en qué consiste la historia que piensa poner en escena en el teatro del tribunal" (ibíd., p. 47).

(50) Cfr. *Diccionario de la lengua española* (Ob. cit.), que, como primera acepción de la palabra "historia" indica: "Narración y exposición de los acontecimientos pasados y dignos de memoria, sean públicos y privados".

(51) CARRIÓ, Genaro R. Ob. cit., p. 39.

(52) Cfr. ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 49.

(53) Como decía ahora poco Fernando Berckemeyer, director periodístico del diario *El Comercio*, en una reciente entrevista y a propósito de la exposición de las noticias: se debe "ser claros", porque "quien ha entendido bien algo lo puede expresar con orden y sencillez" (BARBERO MARIÁTEGUI, Felipe. "Fernando Berckemeyer. La visión del director. Entrevista con el director periodístico del diario *El Comercio*". En: *El Comercio*. Lima, 1 de marzo de 2015, p. A13). En línea semejante y acerca de la "argumentación", Goldberg recomienda: "No examine su información, piense en el tema y después continúe adelante, porque usted conoce la respuesta a la pregunta: '¿Qué digo?' Redacte el tema antes de seguir adelante. Si no puede anotarlo, es que aún no lo aclaró bien" (GOLDBERG, Steven H. Ob. cit., p. 55). Desde otro punto de vista, Genaro R. Carrió brinda dos "recomendaciones elementales": en primer lugar, "Tratar, ante todo, que el Tribunal nos oiga"; y en segundo lugar, "Tratar de que el Tribunal nos entienda bien" (CARRIÓ, Genaro R. Ob. cit., pp. 66 y 68); sobre el segundo punto en particular y entre otros aspectos, indica que es necesario: "Ser breve, claro y conciso. Usar un estilo llano", "Describir con la mayor precisión, y en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego" y "Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros" (Ibídem, p. 68).

Ahora bien, la teoría del caso debe pasar también, en lo posible, "por hechos de fácil acreditación o, idealmente, por hechos que hayan sido reconocidos por la contraparte o, mejor aún, de hechos que formen parte de la teoría del caso de la contraria, pero explicados de una manera diversa"[54].

En este punto, consideramos muy valiosas y pertinentes las enseñanzas de Pasco a propósito de la *sencillez* como una de las características relevantes del proceso laboral jurisdiccional, que, *mutatis mutandis*, entendemos aplicable a la teoría del caso: "El proceso debe ser simple, claro, directo (...)[55] y en consecuencia, "La ley procesal [leamos, la teoría del caso] debe ser clara en su enunciado, prescindir de los tecnicalismos [sic] de la jerga abogadil, tender al didactismo y ser, por ende, de fácil comprensión no solo para los juristas sino para quienes carecen de formación académica"[56]; sin embargo, "no se trata de descender a un lenguaje pedestre o ramplón, a la vulgaridad chabacana; la simplicidad del enunciado, la claridad de la expresión, la familiaridad de la terminología tienen que ser medios para obtener su fácil asimilación, comprensión y utilización"[57].

En suma, cuanto digamos debe ser apto para persuadir al juez[58]. Realmente, "la ambivalencia es la antítesis de la persuasión"[59]; y lo que importa es la "pertinencia persuasiva"[60].

c) Racionalidad

La teoría del caso debe ser razonable, lógica, congruente respecto a los hechos que involucra. A saber, los sucesos expuestos deben mostrarse debidamente articulados, conexos, relacionados, unidos firmemente unos con otros; deben aparecer, natural y consecuentemente, los posteriores de los anteriores[61].

(54) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 49.

(55) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos* ... Ob. cit., p. 86.

(56) Ibídem, p. 87.

(57) Loc. cit.

(58) Como dice Carrió, "Claro está que de poco valdrá que consigamos que el Tribunal nos oiga, y que nos entienda bien, si lo que decimos carece de idoneidad para persuadir" (CARRIÓ, Genaro R. Ob. cit., p. 69).

(59) GOLDBERG, Steven H. Ob. cit., p. 52.

(60) Loc. cit.

(61) Al respecto, Alcaíno y Cortés señalan que la teoría del caso es *lógica* "lo que significa que todas las partes del relato creado tengan una coherencia interna que impida que partes de la historia se confronten, destruyan o pierdan sentido con algunos otros aspectos de la teoría del caso. Los hechos sobre los cuales se configura la teoría del caso deben más bien potenciarse que autodestruirse, formando idealmente una cascada argumentativa de manera que un hecho conduzca fácil y razonablemente al siguiente". (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 49).

En nuestra opinión, la teoría del caso constituye, entonces, un punto más de aplicación concreta del *principio de la razonabilidad* del Derecho del Trabajo[62]; ahora actuante en el ámbito del Derecho Procesal del Trabajo.

Si no satisface la razonabilidad, una pretendida "teoría del caso" debiera denominarse mejor –sin lugar a dudas, con acierto y enfáticamente– "teoría del caos".

d) Verosimilitud

La teoría del caso debe ser verosímil, creíble; por eso mismo, debe merecer ser creída y, al efecto, no ofrecer carácter alguno de falsedad.

La *verosimilitud* se vincula, pues, con la *persuasión*[63]. Esta, *objetivo último de la teoría del caso*.

No olvidemos que "el juicio-drama es una disputa entre nuestra obra y la del antagonista"[64]. Entonces, "el relato creado por el litigante debe ser creíble y verosímil de manera que permita al sentenciador inclinarse más por la versión de los hechos propios que por los del contendor desde el primer momento que escucha ambas versiones. Si nuestra explicación del caso, si bien lógica y simple, no es verosímil (...), claramente el abogado defensor tendrá pocas posibilidades de imponer su caso en definitiva"[65].

Aquí juegan las llamadas "máximas de experiencia"[66], que –en tanto "normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie"[67]– aseguran la "credibilidad intrínseca" de la teoría del caso[68].

(62) El *principio de la razonabilidad* del Derecho del Trabajo "consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 364).

(63) Cfr. ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 49.

(64) GOLDBERG, Steven H. Ob. cit., p. 51.

(65) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 50.

(66) Loc. cit.

(67) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 229-230.

(68) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 50. En verdad, "Si el relato contraviene una máxima de experiencia, difícilmente se tratará de una teoría del caso persuasiva. Por el contrario, si el caso se apoya en máximas de experiencia, será una ayuda a la credibilidad de la teoría. Recordemos que si bien el tribunal tienen libertad para apreciar la prueba, ello no lo habilita para contradecir las máximas de experiencia, de lo que resulta que si creamos una teoría del caso que contravenga las máximas de experiencia el tribunal tendrá una imposibilidad legal para hacerla suya en la sentencia. Por el contrario, si ella se basa en máximas de experiencia, el tribunal tendrá una limitación legal para desecharla" (loc. cit.).

e) Inmutabilidad

La teoría del caso debe ser inmutable, invariable, única a lo largo de todo el proceso[69]. Debe preservarse, pues, su "unidad conceptual"[70].

De mudar o variar la parte su "teoría del caso" durante el trámite del mismo proceso o de existir múltiples "teorías del caso" propuestas por ella en idéntico litigio, pondría en duda la "razonabilidad" de su historia y la verosimilitud de sus asertos, y deslegitimaría sus pretensiones.

De todos modos, en atención a la *protección del trabajador* –principio y fundamento del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo–, tal inmutabilidad no debiera implicar inexorablemente la "imposibilidad" del trabajador de demandar acumulativamente pretensiones principales y subordinadas –en tal circunstancia, habría, evidentemente, "teorías" del caso, relacionadas con unas u otras pretensiones–[71]. En el Perú, el Código Procesal Civil regula la "acumulación objetiva originaria"[72], que admite, entre otras manifestaciones, la "acumulación subordinada" de pretensiones: "cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada". En tal virtud, el trabajador –por ejemplo– podría demandar: como pretensión principal, la nulidad del despido (con vistas a

(69) La teoría del caso "Es única, en el sentido que la explicación de los hechos que tiene el abogado que enfrenta un juicio es una sola, sin que quepa la posibilidad de plantear verdades alternativas ante el tribunal" (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 50); "debe contener un relato único en el sentido [de] que no puede contener posturas incompatibles unas con otras" (Ibídem, p. 55). GOLDBERG escribe: "Me temo que a veces el abogado no sabe cuál de dos teorías es la mejor y deja a cargo del jurado [juez] la selección de una de las dos buenas teorías que propone como justificación de la postura de su cliente. Aunque la ley nos permite considerar la alternativa, o incluso si los hechos armonizan con un par de razones compatibles que determinan, ambas, que el cliente prevalezca, es necesario elegir una. Dos teorías eficaces y aceptables son la mitad de eficaces que una" (GOLDBERG, Steven H. Ob. cit., p. 51).

(70) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 56.

(71) El litigante "debe en todo momento velar por la credibilidad de su relato, de la historia que presenta como válida y verdadera ante el tribunal, por lo que si crea una teoría del caso con posturas subsidiarias debe procurar que en ella no se contradiga el principio de identidad que (...) postula que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo" (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 54). Así, pues, no debe excluirse "absolutamente la posibilidad de adoptar teorías subsidiarias, pero solo en la medida que no contengan una historia absurda e ilógicamente incompatible con la tesis principal" (Ibídem, p. 55).

(72) Código Procesal Civil, artículo 87: "*Acumulación objetiva originaria*.- La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante". Advirtamos que, por mandato de la primera disposición complementaria de la NLPT: "En lo no previsto por esta Ley [la NLPT] son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil".

la su reposición o reinstalación en el empleo); y como pretensión subordinada, el pago de la indemnización por despido arbitrario[73].

f) Alusión al derecho aplicable

La teoría del caso enlaza los hechos controvertidos con el derecho aplicable[74], integra los "aspectos de hecho y los supuestos jurídicos asociados a dichos hechos"[75].

g) Otros aspectos

Aunque no están indicadas explícitamente en nuestra definición, la teoría del caso lleva implícitas otras dos características: *integridad* y *contenido ético*[76].

Acerca de lo primero, la historia debe comprender "todos los aspectos del caso, tanto los positivos como los negativos, deteniéndose en los aspectos que, aparentemente incidentales, pueden servir para definir la sentencia para uno u otro lado"[77]. Vale decir, la teoría del caso "no debe dejar cabos sueltos"[78].

(73) Tal posibilidad está sólidamente respaldada por la propia NLPT, cuya segunda disposición derogatoria, inciso b), dejó sin efecto el artículo 52 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 (aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 1-96-TR del 24 de enero de 1996), "que prohíbe la acumulación de la acción indemnizatoria con la de nulidad de despido". Además, tanto acerca del "despido nulo" como respecto a la "indemnización por despido arbitrario" existe un hecho cierto: la extinción o término de la relación o contrato de trabajo.

(74) La teoría del caso "hace referencia a los *elementos legales involucrados*, ya que el relato no se refiere únicamente a hechos o acontecimientos, sino que a fenómenos con consecuencias jurídicas. El relato, la historia, debe reconocer e integrar todos los aspectos normativos concurrentes al caso, darles una coherencia ilación verosímil, de manera que su aceptación por el tribunal lleve a la aceptación de la pretensión, lo cual obliga a incorporar en el relato todos y cada uno de los elementos legales sobre los cuales descansa la petición que se formula al tribunal" (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 50).

(75) Loc. cit.

(76) Suele mencionarse la "flexibilidad" como una característica adicional de la teoría del caso: esta "Debe ser lo más flexible posible de tal manera que permita adaptarse a los posibles desarrollos del proceso, pero sin que ello implique un cambio radical, que podría conllevar la pérdida de credibilidad" (PEÑA GONZÁLES, Óscar. Ob. cit., p. 256). De igual modo, MALCA, para quien la teoría del caso debe ser también "legalmente suficiente" (MALCA GUAYLUPO, Víctor Raúl. "Estudio preliminar…". Ob. cit., p. 31; también: "La oralidad…". Ob. cit., p. 78). Ello no obstante y en situaciones concretas, nos permitimos entender que un juez o tribunal podría acaso cuestionar tal ductilidad o elasticidad o maleabilidad, que podría hacer aparecer "acomodaticia" la teoría del caso esbozada.

(77) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 50. En particular, debe integrarse a la teoría del caso "ese aspecto diferenciador de la tesis de la contraria, el cual puede al tribunal parecer incidental, de manera de dejar siempre sentado al juzgador qué implica un aspecto que sin mucha información puede parecer inocente a primera vista" (ibídem, p. 51).

(78) REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Tratado integral de litigación estratégica*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 282.

Con relación a lo segundo, la historia pierde racionalidad y deja de ser creíble, y, en suma carece de soporte, "si no presenta una dimensión ética que le inyecte fuerza moral al caso"[79].

Sobre la cuestión ética, concretamente, evoquemos a Pasco, quien –a propósito de la ética en las relaciones laborales– enfatizó que "El mundo de la ética y el del derecho no se excluyen; antes bien, se complementan. Las normas jurídicas, a más de tener por esencia un sustrato ético, pueden convertir los principios éticos en obligaciones exigibles, y es común y frecuente que lo hagan (...)"[80]. Los procesos del trabajo, donde se ventilan las diferencias surgidas entre empleadores y trabajadores, no escapan a tan importante concepción.

C) Elementos

De la propia definición sugerida, fluyen los *elementos* de la teoría del caso: los hechos[81], el derecho aplicable y los medios probatorios pertinentes.

Nótese la vinculación entre estos elementos y los requisitos de la demanda y de la contestación a esta: los hechos en que se fundan una y otra, la fundamentación jurídica de cada cual y los medios probatorios –artículos 16 y 19 de la NLPT, remisivos (respectivamente) a los artículos 424 y 442 del Código Procesal Civil–.

D) Importancia

La teoría del caso fija el derrotero a seguir por el litigante a lo largo de todo el proceso con miras a lograr un fallo auspicioso: la proposición de la demanda o contestación, la activa participación en las audiencias (de conciliación, de juzgamiento) respecto a los alegatos (de apertura, de cierre) y al desahogo de la prueba, la impugnación contra una eventual sentencia adversa, la audiencia de vista de la causa en la segunda instancia, la interposición del recurso de casación y la audiencia de vista de la causa en la Sala pertinente de la Corte Suprema de Justicia.

---

(79) ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías, pp. 51-52. En realidad, "para los jueces es muy importante definir quién o cuál de las partes tiene 'la moral del juicio', noción que inclina natural y humanamente la balanza a la hora de administrar justicia" (ibídem, p. 52). "Si bien la referencia ética no tiene valor en un juicio desconectado de la argumentación y análisis legal, no es menos cierto que unida a ella cobra una fuerza y dimensión que potencia a lo legal y da un sentido y motivación a los jueces para decir el juicio, formarse convicción del caso o darle credibilidad a una de las dos tesis en juego. La importancia de contar con esta dimensión axiológica del caso es que nos da una poderosa argumentación que podemos tener a mano y usar persuasivamente durante todo el juicio (…)" (loc. cit.).

(80) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Ética en las relaciones laborales". En: AA. VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Año de las Bodas de Plata*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, p. 71.

(81) "Los hechos son la base de cualquier caso" (HIGA SILVA, César. Ob. cit., p. 13).

En tal virtud, la teoría del caso es el "mapa del juicio"[82] u "hoja de ruta" del litigante.

E) La "teoría del caso" en las resoluciones del órgano jurisdiccional

En relación con la "teoría del caso" en los procesos laborales orales, la Sala de Derecho Social y Constitucional (Permanente) de la Corte Suprema de Justicia de la República –con base en doctrina expuesta por Pasco– ha indicado que aquella debe ser verosímil y, al efecto, mantenerse invariable a lo largo de todo el proceso:

> "En principio, para la construcción de la teoría del caso se exige: '(...) seguir el orden de lo jurídico, lo fáctico y lo probatorio, culminando con la fórmula de una historia con sentido (...) relevante (...), y además mantener la misma orientación a lo largo del proceso con la finalidad de que los hechos –sustentada en la prueba indicada– y expuestos ante el juzgador resulten creíbles. En sentido contrario, una alegación variante desde el escrito postulatorio [sic] hasta los alegatos en Audiencia de Juzgamiento o Audiencia Única, según se trate de un proceso ordinario o abreviado laboral, respectivamente, no puede sino conllevar a la convicción del órgano jurisdiccional acerca de la no veracidad de los hechos expuestos como defensa'"[83].

Con esta resolución, se evidencia la inmutabilidad que –de acuerdo con la teoría sobre el punto– caracteriza a la teoría del caso.

Asimismo y aun cuando la "teoría del caso" y las "técnicas y destrezas propias de la litigación oral" no están mencionadas expresamente en la NLPT, llama la atención la fórmula adoptada por algunos jueces y expuesta en la resolución que dictan al admitir a trámite una demanda[84] laboral:

---

(82) La importancia de la teoría del caso radica en que su contenido constituye el mapa del juicio del litigante. Aquella debe tenerse presente en todo momento por el profesional: para realizar su alegato de apertura, para organizar la prueba, producirla, contraexaminar, realizar el análisis de la prueba rendida en el alegato de apertura, etc.". (ALCAÍNO TORRES, Rodrigo y CORTÉS DE LA CERDA, Matías. Ob. cit., p. 48). En similar orientación: PEÑA GONZÁLES, Óscar. Ob. cit., pp. 256-258.

(83) Casación Laboral Nº 7-2012-La Libertad; sentencia dictada el 11 de mayo de 2012 (publicada el 30 de julio de 2012 en el diario *El Peruano*; separata especial, p. 36275).

(84) "Auto admisorio", suele denominarse en el Perú a tales resoluciones. Aunque la palabra "admisorio" no está registrada en el Diccionario de la Lengua Española (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23ª ed., Edición del Tricentenario, Espasa, Madrid, 2014), forma parte del lenguaje especial e informal relativo al Derecho Procesal y su uso entre nosotros es de larga data: "Es nulo todo lo actuado si no se notifica el decreto *admisorio* de la demanda a todos los demandados", decía, por ejemplo, una resolución judicial publicada en el diario (oficial) *El Peruano* hace más de setenta años [*El Peruano*, 21 de octubre de 1943; cit. en: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles (Exposición de motivos - Antecedentes - Concordancias - Proyectos de reforma - Legislación comparada - Jurisprudencia)*. Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 267; letras cursivas nuestras].

> "DECISIÓN
>
> (...)
>
> 4. EXHORTAR a los abogados de ambas partes para que conforme al artículo 12 [*Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias*] de la Nueva Ley Procesal del Trabajo concurran [a la audiencia de conciliación, de juzgamiento, única] debidamente preparados en su *teoría del caso*, con pleno conocimiento de las *técnicas y destrezas propias de la litigación oral* en el proceso laboral.
>
> 5. RECOMENDAR a los abogados de las partes que en observancia del artículo 12 [*Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias*] de la Nueva Ley Procesal del Trabajo tomen las previsiones del caso, preparándose, previamente, para efectuar un discurso sencillo, esquemático y breve, desprendido de toda retórica innecesaria.
>
> 6. ESTABLECER que, como se desprende de los artículos 11 [*Reglas de conducta en las audiencias*], 15 [*Multas*] y 29 [*Presunciones legales derivadas de la conducta de las partes*] los apoderados o representantes de las partes tienen la obligación de *concurrir con un vasto conocimiento y dominio de los hechos que motivan el proceso*, bajo apercibimiento de imponerse una multa por conducta obstructiva, sin perjuicio de valorar su conducta procesal.
>
> (…)"[(85)].

Presentamos también tres autos muy similares dictados –en esa misma línea– en distritos judiciales diferentes: La Libertad, Lima y Callao, que aluden, de modo expreso, a la "teoría del caso":

> Auto 1
>
> "SE RESUELVE:
>
> (...)
>
> 5. ORDÉNESE a ambos justiciables que: tratándose de documentos que hayan ofrecido, ofrezcan y/o exhiban, que razonablemente requieran de un vaciado de información en cuadros resumen deberá efectuarlo en archivo Excel en columnas que faciliten los cálculos,

(85) Auto dictado el 21 de julio de 2014 por el juez del Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, en un proceso ordinario laboral sobre "indemnización por despido arbitrario". Letras cursivas nuestras.

en DVD; tales por ejemplo planillas de pago, duplicados de boletas de pago, registros de control [de] asistencia, documentos contables, entre otros ejemplos. Además los abogados de los justiciables deberán aplicar tal información –de ser pertinente– a su *teoría del caso* y a sus liquidaciones; por lo cual el actor deberá concurrir a la audiencia de juzgamiento con nuevas liquidaciones en base a la información que proporcione la demandada con su contestación; todo ello, BAJO APERCIBIMIENTO: DE TENERSE EN CUENTA LA CONDUCTA PROCESAL DEL ABOGADO DE LA PARTE DEMANDANTE AL MOMENTO DE FIJAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES; Y DE MULTA, A LA PARTE DEMANDADA, en caso de incumplimiento.

(...)

8. LOS ABOGADOS DE LAS PARTES, en su oportunidad deberán concurrir a la audiencia de juzgamiento debidamente preparados en las *teorías del caso* propuestas por ambas partes, conociendo además los medios probatorios ofrecidos por los justiciables, y en específico los medios probatorios importantes para su defensa, los cuales deberán oralizar [sic][(86)]. De ser abundante la documentación que se haya ofrecido, concurrirán con una ayuda memoria en soporte papel de los medios probatorios ofrecidos y/o exhibidos, con indicación de su finalidad indicando los folios donde se encuentra cada medio probatorio en el expediente; lo cual servirá para que los abogados de los justiciables reparen –previa a la audiencia de juzgamiento– sobre la pertinencia, idoneidad y utilidad, a su *teoría del caso*, de los medios probatorios ofrecidos, y a darle mayor fluidez a la audiencia.

(...)"[(87)].

Auto 2

"SE RESUELVE:

(...)

(86) La voz "oralizar" no está registrada en el *Diccionario de la lengua española* (Ob. cit.). La palabra correcta es "verbalizar", que, según ahí se refiere, significa "Expresar una idea o un sentimiento por medio de palabras".

(87) Auto dictado el 20 de marzo de 2014 por el Juez del Tercer Juzgado Laboral Permanente de La Libertad, en un proceso ordinario laboral sobre "indemnización por despido arbitrario y pago de beneficios sociales". La cita (redacción) es textual y las letras cursivas, nuestras.

7. EXHÓRTESE a las partes, durante el desarrollo de todo el proceso en general, a cumplir sus deberes de colaboración en la impartición de justicia; y en particular, a los abogados para que en su oportunidad concurran a la audiencia de juzgamiento debidamente preparados en las *teorías del caso* propuestas por ambas partes, conociendo además los medios probatorios ofrecidos por los justiciables, y en específico los medios probatorios importantes para su defensa, los cuales deberán ser oralizados [sic], en caso resulte abundante la documentación ofrecida concurrirán con una ayuda memoria de los medios probatorios ofrecidos y/o exhibidos, con indicación de su finalidad lo cual servirá para que los abogados de los justiciables reparen –previa a la audiencia de juzgamiento– sobre la pertinencia, idoneidad y utilidad, a su *teoría del caso*, de los medios probatorios ofrecidos, y a darle mayor fluidez a la audiencia.

(...)"[(88)].

Auto 3

"SE RESUELVE:

(...)

6) EXHÓRTESE a los abogados de las partes para que en su oportunidad concurran a la audiencia de juzgamiento debidamente preparados en las *teorías del caso* propuestas por ambas partes, conociendo además los medios probatorios ofrecidos por los justiciables, y en específico los medios probatorios importantes para su defensa, los cuales deberán ser oralizados [sic], en caso resulte abundante la documentación ofrecida concurrirán con una ayuda memoria de los medios probatorios ofrecidos y/o exhibidos, con indicación de su finalidad lo cual servirá para que los abogados de los justiciables reparen –previa a la audiencia de juzgamiento– sobre la pertinencia,

(88) Auto dictado el 16 de mayo de 2013 por la Juez del Decimosexto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, en un proceso ordinario laboral sobre "pago de utilidades". La cita (redacción) es textual y las letras cursivas, nuestras.

> idoneidad y utilidad, a su *teoría del caso*, de los medios probatorios ofrecidos, y a darle mayor fluidez a la audiencia.
>
> (...)"[89].

Con estos autos, percibimos que –al parecer– es común el dictado de autos "admisorios"[90] referentes a la "teoría del caso".

V. PERSPECTIVA

Este trabajo constituye nuestra primera aproximación investigativa a la "teoría del caso". Con base en nuestro "plan de acercamiento", hemos desarrollado algunos aspectos básicos sobre ella. Quedan, sin embargo, varios puntos en el tintero: entre otros, la construcción de la teoría del caso, el uso de proposiciones fácticas, las evidencias y sus clases, la determinación de la estrategia a adoptar para la presentación de las pruebas y el orden a seguir para su actuación, la preparación de los testigos y la comunicación de la teoría del caso.

Visto el punto en perspectiva, creemos que la aplicación de la teoría del caso y sus técnicas no debiera conducirnos a olvidar o ignorar los principios del Derecho Procesal del Trabajo, que propugnan la protección del trabajador y la búsqueda de la verdad. De lo contrario, correremos el riesgo de constituirnos en meros "gestores" de un "sistema" de litigio o "ejecutores" de "métodos" preestablecidos, en simples "operadores" de "técnicas"; en suma, el de ser cada vez más "expertos" en litigios orales y "técnicos" en argumentación antes que actores sociales interesados verdaderamente en concretar y hacer realidad el fin último de todo proceso: la paz social en justicia.

(89) Auto dictado el 5 de marzo de 2013 por la Juez del Primer Juzgado Especializado de Trabajo del Callao, en un proceso ordinario laboral sobre "reintegro de beneficios sociales e indemnización de daños y perjuicios por despido arbitrario". La cita (redacción) es textual y las letras cursivas, nuestras.

(90) Vide *supra*, nota 84.

LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO: ALCANCES E INTERROGANTES

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA[1]

PRELIMINARES

Mario Pasco Cosmópolis fue un reconocido abogado y docente laboralista. Sus méritos y reconocimientos académicos son amplios, tanto en Perú como en América Latina, esto lo llevó a ser un ilustre Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, además de desempeñarse como Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo en Perú.

Mi primer contacto con Mario Pasco fue en la ciudad de México, en mi calidad de estudiante, en un encuentro de la Academia Iberoamericana que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Desde entonces me convertí en un seguidor y admirador de su trabajo académico. Teniendo la fortuna de poder convivir con él, en México como en Perú.

Mario ya no está físicamente con nosotros, pero su obra persiste. La subcontratación fue uno de los muchos temas que Mario desarrolló de manera brillante[2].

(1) Investigador del Instituto de Investigacioens Jurìdicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral". En: *Revista Jurídica Magistri Et Doctores*. Año VIII, Nº 02, Lima, diciembre de 2002, pp. 269-282; BUEN LOZANO, Nestor de, et al. *El outsourcing. Visión iberoamericana*. Porrúa, México, 2011, p. 159.

Sirvan las presentes líneas sobre el desarrollo de la subcontratación en México, como un modesto homenaje para nuestro querido Mario Pasco.

Para tratar el tema de la subcontratación consideramos prudente hablar de su surgimiento (I); de sus denominaciones y tipos (II); las ventajas y desventajas que se han señalado de dicha figura (III); y su más reciente regulación en la legislación Mexicana, para estar en condiciones de señalar algunos de sus alcances e interrogantes que platea (IV).

I. LA APARICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

Las nuevas tecnologías permiten reducir el tamaño de la empresa, al delegar porciones y etapas del proceso productivo a terceros(3). Esto rompe con la tradicional relación laboral entablada, por lo general, mediante un contrato de trabajo entre un trabajador, que brinda sus servicios, y un empleador que los recibe, aprovecha y remunera. La subcontratación es un medio por el cual una empresa beneficiaria contrata a una o más empresas para que presten un servicio o hagan parte del proceso de su producción.

Surgen así, formas de prestación del trabajo que incorporan a un tercero, y generan relaciones trilaterales o triangulares: un trabajador, un empleador formal que lo remunera y una empresa que es la destinataria del servicio o producto, a la que suele denominarse *usuaria* o *principal*. Hoy en día, estas relaciones triangulares son características de las nuevas formas de organización empresarial.

La subcontratación ha implicado el desmantelamiento del modelo tradicional de organización del trabajo que implicaba un trabajo permanente y directo con una empresa(4). Hoy en día una empresa, en el mejor de los casos, conserva una actividad que considera principal y delega a otra empresa u otras empresas los trabajos o servicios considerados como secundarios o no principales(5).

(3) SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Francia, Flammarion, 1999.

(4) MORIN, Marie Laure. "Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles de travail ". In: *Travail activité emploi, nouvelles formes nouvelles règles. La Documentation Française*. 1998; MORIN, Marie Laure. "Le droit du travail faceaux nouvelles formes d'organisation des entreprises". En: *Revue Internationale du travail*. Vol 144/1, 2005, p. 5-30.

(5) Ídem.

II. DENOMINACIONES Y TIPOS DE SUBCONTRATACIÓN

Hay numerosas denominaciones para las relaciones triangulares: contratas y subcontratas, enganche, colocación, tercerización, *outsourcing*, descentralización, trabajo en régimen de subcontratación, interposición, etc. Asimismo, existen diversas clasificaciones; la OIT elaboró una de las primeras que distingue entre subcontratación de producción de bienes y servicios, y de mano de obra(6).

En el primer caso, la empresa usuaria contrata a otra para el suministro de un bien o servicio, y esta, por su cuenta y riesgo, asume el compromiso con sus propios recursos (materiales, financieros y humanos). A la usuaria solo le interesa el trabajo terminado sin importar la cantidad de personal u horas utilizadas, ya que solo paga por la realización del servicio. Dentro de esta modalidad están los contratistas en áreas de limpieza, seguridad, construcción, transporte, autopartes, industria automotriz, entre otras.

En el caso de la subcontratación de mano de obra, el objetivo es suministrar la misma a la empresa usuaria, la relación de empleo es directa entre la empresa usuaria y el trabajador. El subcontratista hace la negociación, y recibe el pago por el número de trabajadores contratados, no por la producción, y no necesariamente se encarga de supervisarlos.

III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

La subcontratación produce beneficios a los subcontratistas y a los contratistas. A la empresa, este recurso le permite enfrentar picos de actividad y separarse de los subcontratistas en periodos de crisis. Además, puede acceder a tecnologías o procesos que serían difíciles de procurarse.

Los beneficios para los subcontratistas son la creación y mantenimiento de puestos de trabajo; aumento de los ingresos; mejoras tecnológicas; sumar clientes internacionales a su clientela; reducción de la capacidad excedente; tener un nivel de pedido asegurado; y apoyar su crecimiento.

Para los contratistas los beneficios son: creación de puestos de trabajo y mantenimiento de los ya existentes; reducciones de costos; mayor competitividad

(6) SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo; REYNO CASTILLO, Carlos y BARBARA, Palli. *La subcontratación un fenómeno global*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 197.

y eficiencia empresarial; aumento/mantenimiento de la cuota de mercado (mantenimiento de liderazgo, penetración en nuevos nichos, introducción de nuevos productos); acceso a materias primas; adquisición de componentes/piezas de alta calidad o acceso a mejoras tecnológicas; y mayor valor del proyecto final.

Entre las ventajas y desventajas que la Cámara de la Industria de Transformación (Canacintra) y su Comisión de Subcontratación han encontrado en materia de subcontratación, se encuentran:(7)

OPORTUNIDADES	OBSTÁCULOS
1. Fortalecer los procesos, la interdependencia y la complementariedad entre empresas. 2. Sustituir las importaciones. 3. Permitir una mayor integración de las empresas de menor tamaño a los procesos de manufactura y ensamble de bienes. 4. Alternativa idónea para seguir operando e iniciar su incursión en el mercado internacional, ya sea en forma directa o indirecta. 5. Mejoramiento de la calidad.	1. Dificultades de las empresas micro, pequeñas y medianas para incorporarse al sistema de subcontratación por: a. Falta de conocimiento de los mercados; b. Baja calidad de los productos de los subcontratistas; c. Falta de financiamiento; d. Poca capacidad técnica; e. Incumplimiento de plazos de entrega; f. Falta de una adecuada gestión empresarial. 2. Incrementa los costos de producción. Se paga más al subcontratar, lo cual incrementa costos. 3. La informalidad en los tiempos de entrega. 4. La mala calidad de los productos.

Fuente: Elaboración propia.

Las empresas subcontratadas y las dadoras de órdenes, no obstante, son objeto de desconfianza, porque pueden incurrir en subcontratación dolosa al quitarle el trabajo a trabajadores de una empresa para dárselo a otros, a quienes se les paga menos y excluye de la participación de utilidades de la empresa. En ese sentido, desde la perspectiva de los trabajadores, la subcontratación puede implicar empleos precarios, es decir, de mala calidad y remuneración baja, además de ausencia de sindicato.

De hecho, normalmente la posición de los sindicatos sobre la subcontratación ha sido de rechazo, ya que limita su accionar de varias maneras. Por ejemplo, reduciendo su membrecía, dificultando su labor de gestoría y defensa de los trabajadores, precarizando el empleo y con ello alejando de su radio de acción potenciales trabajadores sindicalizables, etc.(8).

(7) CEPAL. "Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México", 3 de diciembre 2008. <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/4604/indice.htm>.

(8) Ídem.

Por otro lado, al trabajador de la pequeña y mediana empresa subcontratada, suelen no ofrecerle estabilidad laboral, ya que la rotación del trabajador es muy amplia. Las empresas pequeñas, además, suelen ofrecer solo las prestaciones mínimas legales infraestructura y en ocasiones no cumplen con sus obligaciones legales, particularmente en materia de seguridad social(9).

IV. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA: ALCANCES E INTERROGANTES

La reciente reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT), publicada en el DOF el 30 de noviembre de 2012, introduce la noción de subcontratación, que ya se mencionaba en la Ley del Seguro Social e indirectamente ya venía abordando la jurisprudencia, pero que no aparecía en la LFT. Quizás la inserción de la subcontratación en la legislación laboral mexicana sea uno de los principales cambios que se introdujeron en el modelo de relaciones laborales mexicano. Su regulación era urgente, dado el amplio uso de la figura en la práctica empresarial.

La LFT, en su artículo 15, apartado A, la define como: "el medio por el cual un patrón denominado *contratista* ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, en favor de un *contratante* (persona física o moral), quien fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas". De no cumplirse las siguientes condiciones, el contratante es considerado patrón para todos los efectos de la LFT y las obligaciones en materia de seguridad social:

a) No puede abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Debe justificarse por su carácter especializado.

c) No puede comprender tareas iguales o similares a las que realiza el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

d) El contrato entre la persona física o moral que solicita los servicios y el contratista debe constar por escrito.

(9) MUNGARAY LAGARDA, Alejandro, et. ál., "Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas de Baja California". En: *Frontera Norte*. Vol. 16, Nº 32, Tijuana, BC., México, julio-diciembre, 2004.

La definición y regulación que ahora contempla la LFT ha generado una serie de dudas, que abordaremos a continuación:

1. Totalidad de las actividades, que se desarrollan en el centro de trabajo

El artículo 15-A (LFT) establece que no se puede subcontratar la totalidad de actividades de una empresa. El artículo utiliza en el mismo párrafo el vocablo "totalidad" en dos ocasiones. Si suprimimos los sinónimos que usa (iguales y similares), la lectura permitiría entender que la subcontratación no puede abarcar la *totalidad* de actividades, en su integralidad. Dicho de otra manera, la LFT prohíbe que una empresa encargue *todas* sus actividades a una contratista.

Algunas interpretaciones sugieren que, en un caso extremo, una empresa podría contar con un solo trabajador y subcontratar al resto de la plantilla; así no estaría subcontratando a la totalidad o 100 % al que se refiere la ley; esto es viable si se hace una interpretación literal de la norma. Sin embargo, nos parece dudosa y arriesgada, ya que esta maniobra pudiera despertar sospecha y considerarse una forma deliberada para no acatar la ley, lo cual tendría otro tipo de consecuencias, como el fraude laboral. Por otro lado, si una empresa cuenta solo con un trabajador, estaría obligada a repartir la posible PTU a ese único trabajador.

Surge, entonces, la pregunta: ¿es posible subcontratar 99 % de las actividades de una empresa, ya que no se está subcontratando el 100 %? La respuesta puede ser positiva. Sin embargo, también puede ser negativa si se interpreta la disposición en función de los principios del Derecho Laboral, en particular, del principio de razonabilidad, que permitiría considerar esa actitud como un "abuso del derecho"; se partiría de la idea de que la subcontratación debe ser la excepción y no la regla en el régimen de relaciones laborales de una empresa. Esta interpretación solo podrá ser validada por los tribunales.

Es poco probable que una empresa no tenga ningún trabajador contratado; no obstante, en el caso de una empresa "sin personal", podrían plantearse dos hipótesis. La primera, que la LFT reformada no obliga a las empresas a contratar trabajadores, ya que la ley está diseñada para operaciones futuras y no para aplicarse retroactivamente a esquemas como el señalado. La segunda, que una empresa tendría que ajustarse a los nuevos esquemas indicados en la LFT reformada, porque podría considerarse que en esta existen prácticas de simulación jurídica.

2. Actividades, iguales o similares

De acuerdo con el artículo 15-A, una empresa no puede tener a sus propios trabajadores haciendo lo mismo que los trabajadores del contratista.

Lo prudente será verificar que no existan coincidencias en tareas "iguales o similares" entre los trabajadores de la contratante y la contratista; esta igualdad podría verificarse en varios rubros, como tipo y duración de contrato, horarios, salario, lugar de trabajo, pero ante todo, el objeto de los contratos de trabajo y las actividades a realizar.

3. Justificación del carácter especializado de la subcontratación

Una labor especializada es aquella que implica cultivar una particularidad en una rama determinada de una ciencia o un arte. Sobre el alcance de la definición pueden hacerse dos lecturas.

La primera consistiría en actividades que por su especialidad técnica o por implicar procesos que no domina la empresa contratante requieren ser subcontratados, lo cual podría tener lugar de manera excepcional y no como regla. Según esta consideración, los servicios de limpieza, por ejemplo, no podrían considerarse como objeto de subcontratación porque no es una labor especializada, ya que no requieren ninguna ciencia o arte en particular. Salvo que se trate de un tipo de limpieza con determinadas características.

La segunda lectura podría entender que es posible justificar el trabajo en régimen de subcontratación cuando se trata de tareas que no son fundamentales para que una empresa realice adecuadamente la producción de bienes o la prestación de servicios. En este caso, podría interpretarse la palabra "especializado" en sentido negativo, lo que no es fundamental en las tareas de una empresa, como podría ser el servicio de limpieza.

En este caso, la guía para definir el carácter especializado o no de las tareas que se pretenden subcontratar, podría ser el análisis del objeto social de la empresa contratante, para identificar las tareas, objetivos y, eventualmente, procesos productivos que legalmente se ha planteado llevar a cabo, e identificar aquellos específicos, en este caso "especializados" que puede subcontratar.

4. Existencia de un contrato escrito

El contrato por escrito reviste particular importancia, no solo porque en él se debe asentar la naturaleza del trabajo objeto de subcontratación y su carácter especializado, sino porque ahora la LFT lo señala como requisito de legalidad en la subcontratación. Es un documento clave para la definición de responsabilidades entre contratista y contratante.

Aunque la LFT no señala una sanción por el incumplimiento de esta formalidad, habría por lo menos dos tipos de consecuencias: 1) que se le apliquen

las sanciones que la misma ley señala por el incumplimiento de las normas de trabajo; y 2) que al no haber claridad en la definición de las responsabilidades entre contratista y contratante, ni frente a los trabajadores, la empresa beneficiaria y la contratista quedarían vulnerables frente a posibles reclamos judiciales de aquellos.

5. El requisito de cerciorarse de que la empresa contratista cuenta con elementos propios

La empresa contratante debe cerciorarse, al momento de celebrar un contrato, de que el contratista cuente con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de las relaciones con sus trabajadores.

Cabe preguntarse si dicha obligación aplica para las empresas con régimen de subcontratación a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT, ya que a los celebrados antes se les estaría aplicando retroactivamente la ley. No obstante, sería prudente que en las eventuales renovaciones de contrato se apeguen a la nueva legislación; y en algunos casos, previo análisis específico, se puedan hacer los ajustes necesarios a los contratos cuya terminación y vigencia no sea en corto plazo. Sin embargo, también puede esperarse una posible argumentación por parte de los trabajadores, reclamando la aplicación de la retroactividad en su favor.

Por otra parte, la LFT utiliza el vocablo "permanentemente" en el artículo 15-C, cuando establece la obligación de la empresa beneficiaria de cerciorarse que la empresa contratista cumple con sus obligaciones laborales y de seguridad social respecto a los trabajadores a su cargo; quiere decir que debe cerciorarse no solo al inicio de su relación contractual, sino durante toda la vigencia de esta, aunque no se aclara cuántas veces o cada cuándo habrá de hacerlo, lo que genera inseguridad jurídica para la empresa beneficiaria.

Lo cierto es que tendrá que idearse un mecanismo de verificación en cada caso concreto y las autoridades deberán precisar los criterios para cumplir con esta obligación.

Cabe señalar que la LFT no precisa el tipo de responsabilidad que tiene el empleador que subcontrata (art. 15-A). La manera como ahora se regula este tema tiene un alto grado de ambigüedad, pero si se hace una interpretación en función del principio *pro operario*, deberá adoptarse la responsabilidad solidaria.

6. Subcontratación deliberada

La ley no permite la subcontratación cuando se transfieran de manera intencional trabajadores de la contratante a la subcontratista, con el fin de disminuir derechos laborales (art. 15-D). Quien realice este tipo de subcontratación dolosa, se le puede imponer una multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general (art. 1004-C). Al respecto habría que preguntarse si a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT, la trasferencia deliberada de trabajadores, vía subcontratación, dentro de un grupo de empresas podría ser considerada como subcontratación dolosa si con ello se busca o trae como consecuencia la disminución de derechos laborales.

7. La empresa de suministro de personal y la empresa contratante

El suministro de personal puede entenderse como la disposición de personal de una empresa para otra, mediante el pago de un precio determinado, reteniendo la primera la calidad de patrón.

La legislación laboral suele regular dos variantes de relaciones triangulares. Por un lado, la ejecución de obras y la prestación de servicios. Por otro, el suministro de personal mediante contratos comerciales, identificando quién es el empleador y cuáles son las obligaciones del trabajador y de los empleadores. Tal distinción no es clara en la legislación mexicana, pero en los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) sí se ha manifestado al respecto. Los TCC han señalado que en un despido, si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro, en virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral, dicha excepción resulta improcedente (Nº de registro: 179 047. Tesis aislada).

8. Subcontratación y PTU "consolidada": ¿inoperatividad de la subcontratación?

El artículo 123 constitucional y el artículo 117 de la LFT establecen que los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de las empresas (PTU). La nueva LFT reformada solo añade algunos detalles, relativos al procedimiento de inconformidad que pueden interponer los sindicatos en este tema y la eventual suspensión de pagos adicionales de ptu por parte de la Junta de Conciliación y Arbitraje, cuando existan diferencias.

Sin embargo, la LFT reformada ratifica el carácter que tiene un establecimiento como parte integrante de una empresa, y en tanto que este último no tiene personalidad jurídica propia, las personas que trabajan en dicho establecimiento

deben ser consideradas a efectos de la PTU de la empresa toda. Esta idea, que ya existía en la ley, en su artículo 16, insiste en que es ilegal excluir del reparto a trabajadores de un establecimiento. El nuevo artículo 127 agrega una fracción (IV bis) que dice: "Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella, para efectos de la participación en las utilidades". La nueva redacción podría dar lugar a pensar en una ptu "consolidada", la cual se aplicaría a una empresa que pertenezca a un grupo de empresas y, en ese sentido, el posible objeto de la subcontratación dolosa (evadir el pago de PTU) no tendría lugar o resultaría inoperante si una empresa pertenece a un grupo de empresas.

Este comentario debe leerse a la luz de la reciente jurisprudencia, según la cual, si a través de un contrato civil de prestación de servicios profesionales un tercero se obliga a suministrar personal a un patrón real, con el compromiso de relevarla de cualquier obligación laboral, ambas empresas constituyen la unidad económica a que se refiere el artículo 16 de la LFT, y por ende, las dos son responsables de la relación laboral con un trabajador (Nº de registro 160324 [j]: 10ª- Época, T.C.C.; D.J.F. y su Gaceta; Libro V, febrero de 2012, Tomo 3, p. 1991).

Como se aprecia, la regulación de la subcontratación en México no es un tema terminado, va a seguir presente y redefiniéndose en las empresas mexicanas, así como por lo que dicten los tribunales. ya que a pesar de la reforma, quedan grandes vacios legales.

LA INAPLICACIÓN PARCIAL DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL: PUNTOS CRÍTICOS

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND[1] [2]

I. DEL "DESCUELGUE" SALARIAL A LA INAPLICACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

La inaplicación de convenios colectivos en un singular de mecanismo jurídico a través del cual es posible sustituir el régimen convencional de determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo por otro más adaptado o próximo a la realidad y las necesidades de la empresa (si el convenio a inaplicar es de sector) o a su situación actual (si es de empresa). Su función no es, en consecuencia, simplemente dejar de aplicar la regulación de una o más materias prevista en el convenio aplicable a la empresa, sino reemplazarla por otra de origen igualmente colectivo, pero adoptada con posterioridad en el ámbito de la empresa. De allí que a nivel doctrinal se afirme que lo que se consagra en estos casos es una regla de preferencia aplicativa del acuerdo de inaplicación posterior frente al convenio colectivo anterior (Cruz Villalón), la cual opera excepcionalmente,

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca

(2) A través del presente artículo el autor se suma al homenaje ofrecido por los miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo a Mario Pasco Cosmópolis, muy apreciado colega y amigo, de quien recibió sus primeras clases de Derecho Colectivo del Trabajo en los años ochenta en las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra alma máter y casa común. El texto recoge el contenido de la conferencia sobre "Inaplicación de convenios: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo", pronunciada el 13 de octubre de 2013, en el marco del Plan de Formación de Expertos en Negociación Colectiva y Salud Laboral en Canarias.

cuando se cumpla con las causas y se siga el procedimiento previstos en el artículo 82.3 ET.

Aunque el origen remoto de este mecanismo hay que situarlo en los procesos de concertación social de los años ochenta, adquirirá carta de naturaleza legal en España recién en 1994, por dos vías diferentes:

- Las cláusulas de descuelgue salarial, que debían ser previstas y reguladas por todos los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, de acuerdo con el artículo 82.3 ET.

- Los acuerdos de empresa de modificación de otras condiciones de trabajo reguladas en convenio estatutario previstos por el artículo 41.3 ET.

El ciclo reformador iniciado en 2010 ha incidido de manera decisiva en la arquitectura de este instrumento, al haber introducido en él dos cambios estructurales:

- La unificación de las dos vías mencionadas en un único procedimiento regulado por el artículo 82.3 ET.

- El despojo de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa de la capacidad de regular estos procesos de la que disponían con anterioridad, al menos en lo que a la inaplicación de su régimen salarial se refiere, mediante la atribución de la competencia para decidir la inaplicación y fijar las nuevas condiciones al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Es más, esta decisión fundamental, de claro signo descentralizador, ha venido acompañada de otras, puestos en circulación por las sucesivas normas reformadoras (la Ley 35/2010, el Real Decreto-Ley 7/2011, la Ley 3/2012 e incluso el Real Decreto-Ley 11/2003) dirigidas a favorecer al máximo el uso de este mecanismo hasta por cinco vías distintas:

- La ampliación de su objeto, que no afecta ya solo a los convenios de sector sino también de empresa, y abarca además un abanico bastante amplio de condiciones laborales (en realidad, todas las relevantes dentro de un convenio colectivo: salarios, tiempo de trabajo, funciones, etc.).

- El aligeramiento de sus exigencias causales, al desparecer el requisito de que el estado de cosas que lo justifique sea uno en el que

la aplicación del convenio pueda suponer un daño a la estabilidad económica de la empresa o afectar al mantenimiento del empleo. Frente a ello, basta ahora con que exista "una situación económica negativa", evidenciada a través de la existencia de perdidas actuales o previstas, o de una disminución de ingresos o ventas en dos trimestres, o que concurran otras causas "técnicas, organizativas o de producción" de alcance no definido.

- La solución de los problemas de interlocución que bloqueaban la aplicación de este mecanismo en las empresas sin representantes del personal, mediante la previsión de la elección de una comisión *ad hoc*, de conformación sindical o elegida democráticamente por y entre los trabajadores, a opción de estos.

- La limitación de las posibilidades de impugnación de los acuerdos que puedan alcanzarse, al señalarse expresamente que su celebración determina que se presuma que concurren las causas exigidas legalmente. Y que los mismos solo podrán ser impugnados judicialmente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

- La creación de un cauce preceptivo para la solución definitiva de las situaciones de falta de acuerdo, mediante la imposición de un, constitucionalmente muy discutible, arbitraje público obligatorio a cargo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes de ámbito autonómico.

Sobre la base de esta evolución facilitadora está, como es sabido, la presunta falta de capacidad del sistema español de negociación colectiva para adaptar sus contenidos a las circunstancias específicas de las empresas, reiteradamente denunciada por las autoridades gubernamentales. Pero también la desconfianza de los sujetos negociadores de los convenios supraempresariales hacia este mecanismo, visto por ellos como una fórmula favorecedora de la disminución injustificada de las condiciones laborales y la competencia desleal entre empresas, la cual los condujo a introducir regulaciones del mismo que dificultaban sensiblemente o incluso bloqueaban su puesta en práctica.

Vamos a dejar para otra ocasión el debate, de *lege ferenda*, sobre si esta es una fórmula inadecuada, a través de la cual se favorece la continuidad de empresas improductivas o deficientemente gestionadas, obsequiándolas con un abanico de posibilidades de reducción de las condiciones laborales que deben aplicar, sin exigirles a cambio contrapartidas verificables en materias de mantenimiento o recuperación del empleo (Guerrero Vizuete). Frente ello, voy a optar en esta

ocasión por un planteamiento diferente, centrado en los problemas y los riesgos que, desde una perspectiva del *lege data*, conlleva la aplicación de este mecanismo. Y en lo que, a pesar de todo, pueden hacer los sujetos negociadores de los convenios colectivos a inaplicar para prevenirlos.

Este enfoque me parece más adecuado, antes que nada porque, como podremos comprobar, la puesta en práctica de la actual regulación de este mecanismo contenida en el artículo 82.3 ET conlleva riesgos importantes, para cuya prevención pudiera ser de gran interés una intervención moderada de la autonomía colectiva. Pero también debido a que, como he anticipado y explicaré con más detalle a continuación, en su afán de facilitar lo más posible su empleo, el legislador ha descuidado el establecimiento de mecanismos de control de este instrumento o incluso los ha desactivado deliberadamente, como ocurre, señaladamente, con el control judicial.

En un país como España, con una estructura productiva marcada por la preponderancia más absoluta de las empresas de muy reducidas dimensiones, en las que no existen representantes de los trabajadores o estos carecen de experiencia o capacidad negociadora, no es difícil presagiar el tipo de "descuelgue" a los que una regulación tan laxa como esta es capaz de dar lugar, en particular cuando quienes negocien sean las comisiones *ad hoc* nombradas por trabajadores.

Ante tan importante panorama, me parece evidente que es preciso llevar a cabo una labor interpretativa que, sin bloquear el funcionamiento de este mecanismo, contribuya a su utilización conforme a las finalidades perseguidas por la ley. Y también que los convenios colectivos pueden realizar una valiosa contribución a este objetivo mediante la introducción de garantías que, sin desnaturalizarlo, favorezcan su empleo razonable y adecuado.

Esto es, pues, lo que voy a hacer a continuación: desarrollar un examen crítico de los puntos clave de la regulación actual de la inaplicación de convenios colectivos, destacando cómo es posible rellenar algunos de sus vacíos y diferencias más notorios desde la labor interpretativa o la actuación moderadora de la autonomía colectiva.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL: PUNTOS CRÍTICOS DESDE UNA ÓPTICA FUNCIONAL Y GARANTISTA

El análisis del artículo 82.3 ET con arreglo a esta perspectiva puede ser descompuesto en los siguientes apartados:

A. Sujetos legitimados para negociar el acuerdo de inaplicación

Como se ha apuntado ya, el legislador ha optado por atribuir de manera exclusiva y excluyente la legitimación para negociar y aprobar el acuerdo de inaplicación a "la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio Colectivo conforme a lo previsto por el artículo 87.1 ET". Naturalmente, esta es una atribución competencial que no puede ser alterada por los convenios colectivos susceptibles de ser afectados por ella, concediéndola por ejemplo a su comisión paritaria, como aun hacen algunos, o sometiendo el acuerdo que pueda alcanzarse al visto bueno de la misma.

Igualmente taxativo ha sido el legislador a la hora de regular las distintas fórmulas como se integra dicha representación, especialmente luego de la reforma del artículo 41.4 ET por el Real Decreto-Ley 13/2011, al que remite el artículo 82.3 ET, al extremo de no haber dejado este prácticamente márgenes para la duda sobre cómo formularla. Si acaso, es importante aclarar que en nuestro caso, es decir en el ámbito de los procesos de inaplicación convencional, no cabe distinguir entre centros de trabajo afectados y no afectados, ya que la misma opera siempre, como veremos, con relación a la empresa en su globalidad.

Por los demás, el funcionamiento de la fórmula de composición de la representación en ausencia de representantes sindicales o unitarios deja, a pesar de todo, al menos tres cuestiones abiertas.

La primera se vincula con la determinación de lo que ocurre si no se conforma comisión alguna, ni sindical, ni de trabajadores. Aquí, el hecho de que el artículo 82.3 señale que los trabajadores "podrán optar" por una u otra, impide entender que se trata de un obligación. Sin embargo, la aclaración que hace luego el artículo 41.4 ET de que "la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas", permite considerar agotado este aunque no se haya materializado, con la decisiva consecuencia de que entonces se abrirá la posibilidad de recurrir sin más trámites al arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para que decida sobre la pretensión empresarial.

La segunda tiene que ver con los procedimientos de elección de dicha comisión, no previstos en la ley. En este caso, la mera referencia al carácter democrático de la elección de los trabajadores que van a negociar resulta manifiestamente insuficiente, por lo que sería muy recomendable que los convenios colectivos regulen el procedimiento a seguir, rodeándolo de garantías que lo coloquen al abrigo de posibles injerencias del empresario. Adicionalmente, la fórmula prevista para la conformación "sindical" de la comisión, cuando se opte por ella,

puede ser también fuente de dudas y conflictos, los cuales hacen aconsejable que los firmantes de los convenios colectivos prevean "en frío" cuál será su composición (Navarro Nieto).

Por último, nada dice la ley sobre las garantías de las que deban gozar los integrantes de dicha comisión, sobre todo cuando son trabajadores de la propia empresa, con el objeto de colocarlos al abrigo de cualquier presión o represalia de la contraparte. Nuevamente, este vacío puede llenarse por la negociación colectiva, asignando a estos trabajadores una protección equivalente a los de los representantes legales del personal, bien que en este caso de fuente convencional.

Todo lo anterior, claro está, sin entrar al debate sobre si la fórmula de elección de la tantas veces referida comisión por y entre los trabajadores da lugar a un auténtico órgano de representación y no a unos meros portavoces (Gorelli Hernández), lo cual conduciría a dudar, como ocurre en mi caso, de su legitimidad constitucional, al afectarse a través de ella un producto de la autonomía colectiva garantizado por el artículo 37.1 de la Constitución.

B. Convenios colectivos susceptibles de ser afectados

Por lo que respecta a los convenios colectivos cuya inaplicación puede llevarse a cabo por esta vía, conviene empezar por precisar que estos son solo los estatutarios. Los convenios extraestatutarios, así como los pactos y acuerdos colectivos, en cambio, se someten al procedimiento del artículo 41 ET, de acuerdo con su apartado 2, el cual admite que su inaplicación pueda llevarse a cabo por decisión unilateral del empresario a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Los convenios estatutarios susceptibles de ser afectados pueden ser, en cualquier caso, tanto de sector como de empresa, según aclara expresamente el legislador. La referencia a los convenios de empresa parecería inútil, ya que siempre cabe su renegociación *ante tempus* por los mismos sujetos legitimados para su inaplicación. No lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que aquí sí existiría deber de negociar. Y que la falta de acuerdo puede desembocar en un arbitraje obligatorio a cargo de Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Lo que sí no parece que quepa es la inaplicación de convenios de ámbito inferior a la empresa (por ejemplo de centro de trabajo), visto el tenor taxativo de la norma (convenios colectivos "de sector o de empresa") y la naturaleza excepcional de la facultad reconocida en este caso.

Por lo demás, la inaplicación debe tener siempre como ámbito de actuación la empresa en su conjunto y no uno o algunos de sus centros de trabajo, ya

que la facultad prevista por el artículo 82.3 ET es la de "inaplicar en la empresa las condiciones de trabajos previstas por el convenio colectivo aplicable". Debiendo valorarse, además, al menos las causas económicas, en función igualmente de los "resultados de la empresa" en su totalidad. Otra cosa será que, aún siendo el acuerdo de inaplicación de eficacia general, regule novedosamente alguna condición privativa de un grupo o categoría de trabajadores (un complemento salarial, horarios específicos). O incluso que pueda impactar sobre ex trabajadores de la empresa, cuando afecte a mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Algo que, como veremos, viene expresamente autorizado por el legislador, aunque es difícil que ocurra en los hechos.

C. Condiciones laborales modificables

El artículo 82.3 ET incluye un elenco de hasta siete materias cuya regulación es susceptible de ser inaplicada. A diferencia de la lista de materias de las que alude el artículo 41.1 ET, se trata en este caso de un listado taxativo, que no puede ser alterado por la negociación colectiva, ni reduciéndolo, ni ampliándolo. La reducción sería nula, como es evidente, mientras que la ampliación daría lugar a un descuelgue atípico, sujeto exclusivamente a lo dispuesto por el convenio colectivo que lo prevé.

Las materias incluidas son todas de gran peso especifico y con una repercusión muy clara sobre la adaptabilidad de las condiciones laborales y la estructura de costes de la empresa (Gorelli Hernández), ya que a través de ellas se abre la posibilidad de que la empresa reconfigure tanto la regulación del tiempo del trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos), como los salarios y las retribuciones (sistema de remuneración, cuantía salarial, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social) o incluso las funciones (aunque solo si va más allá de los límites del artículo 39 ET).

Naturalmente, por más amplia que sea la enumeración de las materias, deja fuera otras muchas, que no pueden tocarse. Este es el caso, por ejemplo, de las relativas a las relaciones colectivas de trabajo, la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida laboral y familiar, la movilidad geográfica, las modalidades de contratación o el periodo de prueba (Cruz Villalón).

También hay que tener en cuenta que hay materias cuyos alcances resultan difíciles de identificar. Así, la referencia a las funciones cuando se excedan los límites previstos para la movilidad funcional por el artículo 39 ET no parece que autorice a suprimir grupos profesionales o a imponer el desarrollo de funciones de varios grupos a la vez, sino solo a alterar la regulación que pueda hacer el convenio colectivo de la movilidad funcional permanente más allá del

grupo profesional de origen del trabajador (Gorelli Hernández). Igualmente, no es fácil que la alusión a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pueda proyectarse más allá de los subsidios por incapacidad temporal, pese a la letra del precepto, toda vez que, como se ha advertido, las extinciones pactadas en el marco de un expediente de regulación de empleo a cambio del mantenimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social y el abono de complementos a prestaciones de jubilación de carácter anticipado, conllevan la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social y se encuentran aseguradas a través de contratos con entidades privadas que implican incluso la asunción de cláusulas penales (Gorelli Hernández).

D. Causas habilitantes de la inaplicación

La inaplicación es, conviene recordarlo, una institución causal, que precisa para el despliegue de sus efectos, como indica el artículo 83.3 ET, que "concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".

Ahora bien, como he apuntado, esta referencia a las causas justificativas, aunque no ha desaparecido, se ha ligerado en la última etapa, al no requerirse ya una situación de partida que puede afectar a la estabilidad económica de la empresa o el mantenimiento del empleo. Con todo, la redacción del precepto no es tan abierta como en principio pudiera pensarse. Para empezar, porque aquí el legislador ha huido de la indicación, contenida en el artículo 41ET respecto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en el sentido de que se consideran como tales causas "las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización del trabajo en la empresa". Como consecuencia de ello, no parece que la simple mejora de la competitividad o de la productividad esté en condiciones de avalar la inaplicación de un convenio colectivo, aunque sí avale el cambio de las condiciones reguladas por otras fuentes. La redacción del precepto emparenta, más bien, con la definición de las mismas causas prevista por el artículo 51.1 ET respecto de los despidos colectivos. En ambos casos, se habla de una "situación económica negativa", y se da, además, como ejemplos de la misma las pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas; mientras que las definiciones de las causas técnicas, organizativas o de producción son idénticas: cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo, el modo de organizar la producción o la demanda de productos o servicios que la empresa debe colocar. La única diferencia radica en que, en nuestro caso, la disminución de los ingresos o ventas se considera persistente si afecta a dos trimestres consecutivos y no tres, como ocurre con los despidos colectivos.

Lo dicho creo que nos permite deducir que existe una cierta graduación implícita entre las causas que habilitan a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, un descuelgue y un despido colectivo (Gorelli Hernández), situándose las del descuelgue en un punto intermedio en lo que a su gravedad o intensidad se refiere.

Lo anterior es importante tenerlo en cuenta porque la entidad de los cambios que se pretende imponer en las condiciones de trabajo ha de guardar necesariamente una relación de adecuación, correspondencia o proporcionalidad con la importancia o gravedad de las causas que se aleguen. Además de tener que estar en condiciones de presentarse razonablemente como medidas, si no indispensables para su superación, al menos recomendables desde el punto de vista de la racionalidad empresarial. Estas son exigencias que están en la esencia misma de la inaplicación como institución causal, pero que pueden ser útilmente remarcadas por los convenios colectivos mediante alusiones expresas a la necesidad de que se cumpla esa relación de adecuación o proporcionalidad entre causas y medidas.

También los convenios colectivos pueden cumplir una función útil de especificación en el ámbito de las causas de inaplicación respecto de dos problemas adicionales, no tratados por el legislador.

El primero tiene que ver con la clarificación de los efectos que en este ámbito puede tener la pertenencia de la empresa a un grupo de sociedades. Aquí hay que tener presente que, aunque la inaplicación opere, como indicamos antes, a nivel de empresa, la pertenecía de esta a un grupo puede ser el caldo de cultivo de situaciones de dificultad mas o menos inducidas o incluso claramente fraudulentas, favorecidas por la empresa que ejerce el control (Baz Rodríguez). Para evitarlo, los convenios colectivos podrían exigir, en línea con lo previsto por el artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012, que se tenga en cuenta para el análisis de las causas económicas las cuentas anuales y el informe de gestión consolidado de la sociedad dominante o de las demás empresas del grupo, si no con carácter general, al menos cuando existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento de descuelgue.

El segundo se vincula con el desarrollo de los derechos de información de los que deben disponer los representantes de los trabajadores para poder negociar la inaplicación con conocimiento de causa. Aquí, el llamativo silencio del legislador puede ser suplido por los convenios colectivos mediante la inclusión de las exigencias, inspiradas también en lo previsto para el despido colectivo por el artículo 51.2 ET, de que el empresario aporte al inicio del periodo de consultas, tanto "una memoria explicativa de las causas", "como la documentación contable y fiscal", así como "informes técnicos", necesarios para su acreditación.

De todas formas, parecería que el análisis de las causas es, en el fondo, intranscendente en estos casos, ya que, en última instancia, lo decisivo es que exista acuerdo con los representantes, máxime cuando luego su impugnación está limitada notablemente, como hemos visto. Esto no es así, al menos por dos razones. La primera, porque la impugnación está limitada pero no prohibida. Y menos a nivel individual. Y la segunda, porque el procedimiento puede desembocar, si no hay un acuerdo, en un arbitraje obligatorio público, dentro del cual, lo primero que deberá discernirse es, precisamente, si hay o no causa para la inaplicación (Cruz Villalón), como de hecho apunta el artículo 22.2 del Real Decreto 1362/2012, al regular el ejercicio de esta potestad por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

E. Procedimiento de descuelgue

Luego de la reforma de 2012, la tramitación de las solicitudes empresariales de la inaplicación puede discurrir hasta por cuatro fases distintas, en principios sucesivas, tres de las cuales se sitúan en el ámbito de la autonomía colectiva y una fuera de ella (Cruz Villalón).

Estas fases o escalones son los siguientes:

- Acuerdo directo en el seno de la empresa.
- Acuerdo en el seno de la comisión paritaria del convenio a inaplicar.
- Avenencia o laudo en el marco de los sistemas autónomos de solución de conflictos.
- Resolución por la Comisión Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente.

La primera fase se articula en torno al desarrollo de un periodo de consultas, que el artículo 82.3 ET señala que deberá llevarse a cabo en los términos del artículo 41.4 ET. Esta remisión es problemática, ya que el artículo 41.4 ET regula el periodo de consulta en el ámbito de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo "sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva". ¿Significa esto que también para el descuelgue la regulación del periodo de consulta es dispositiva y los convenios colectivos pueden apartarse de ella? Yo entiendo que no, porque la remisión del artículo 82.3 no es a los procedimientos que puedan iniciarse al amparo de artículo 41.4, sino al desarrollo de un periodo de consulta "en los términos" previstos por dicho artículo. Esto supone que esos términos son imperativos para la inaplicación

de convenios, aunque no lo sean para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley 11/2013 ha solventado muchos de los problemas que planteaba la tramitación del periodo de consultas, al exigir la remisión de una comunicación previa del empresario en la que este indique su intención de iniciar el procedimiento, fijándose a demás un plazo para la constitución de la comisión representativa de los trabajadores (7 días), transcurrido el cual podrá ya comunicarse su inicio, esté la misma creada o no.

Aun así, quedan aspectos por precisar, en especial en cuanto a la definición de los alcances del "deber de negociar de buena fe", que puedan ser completados o precisados por la negociación colectiva. Así, la mecánica y periodicidad de las reuniones, donde los convenios podrían prever la obligación de fijar un calendario de reuniones al inicio y establecer un número mínimo de estas, siguiendo para ello el modelo previsto por el artículo 7 del Real Decreto 1483/2012 para los despidos colectivos. O la precisión de su contenido u objeto, para lo cual los convenios podrían recordar que este no solo deberá versar sobre la aceptación o no de la propuesta empresarial, sino también, como indica el artículo 41.4 ET, sobre la posibilidad de "evitar o reducir sus efectos", así como "sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados".

A continuación, a falta de acuerdo, la norma prevé que cualquiera de las partes –*rectius*, el empresario interesado– podrá someter la discrepancia a la "comisión" (se entiende que paritaria) del convenio colectivo, la cual contará con siete días para pronunciarse.

Esta es una fase potestativa que puede concluir con una decisión de carácter arbitral, si la Comisión Paritaria llega a un acuerdo. En relación con ella la norma deja abiertos numerosos interrogantes, que los convenios pueden también a contribuir a responder. Entre ellos principalmente los siguientes:

- Plazo y contenido de la solicitud, así como documentación que debe acompañarse a ella.
- Actuaciones que debe realizar la comisión paritaria.
- Procedimientos de solución de las discrepancias que se produzcan en su seno.
- Condiciones que deban cumplirse para que la solicitud deba ser aceptada.
- Contenido de su resolución.

Si esta fase fracasa o no se recurre a ella, el artículo 82.3 ET prevé la obligación de las partes de recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales para resolver esta clase de discrepancias. Y, si no se alcanza el acuerdo a través de ellos, a la intervención, nuevamente a petición de parte, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes de ámbito autonómico, los cuales adoptaran una decisión por sí mismos o a través de un árbitro por ellos designado dentro de un plazo no superior a veinticinco días, resolviendo la controversia con carácter definitivo mediante una decisión a la que cabe calificar de arbitraje público obligatorio, con todo lo que ello supone.

En relación con estas dos fases, lo que me interesa destacar es que ambas operan con carácter subsidiario respecto de la competencia prevista por el artículo 85.3.c) ET a favor de los convenios colectivos, para que estos prevean procedimientos específicos dirigidos a solventar las discrepancias en estos casos, adaptando a su ámbito lo previsto por los acuerdos interprofesionales. Esta es una competencia decisiva, ya que a través de ella los agentes negociadores de los convenios colectivos pueden marginar el arbitraje administrativo impuesto, optando por otras fórmulas de solución autónoma, como la intervención preceptiva y vinculante de la comisión paritaria, el arbitraje voluntario o incluso un arbitraje de futuro obligatorio o "en frío" (Vivero Serrano).

F. Contenido, efectos y vigencia del acuerdo de inaplicación

Ya se ha apuntado que el objeto de procedimiento de descuelgue no es solo dejar de aplicar determinada regulación convencional, sino sustituirla por otras en principio mas adaptada a la situación de la empresa. Es por esta razón que el artículo 82.3 ET señala que en estos casos el acuerdo "deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa". Una regla que, aunque prevista para la primera fase del procedimiento, se aplica por razones obvias también a las restantes, de forma que, sin regulación alternativa, no hay descuelgue.

Adicionalmente, el acuerdo, deberá precisar su duración, la cual no podrá prolongarse según la propia norma más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio en la empresa. Esto supone que las partes son libres para fijar la duración del descuelgue. El único límite, subsistiendo la causa claro está, es que el convenio colectivo inaplicado no sea sustituido por otro. La regulación alternativa pactada de inaplicación seguirá, así, vigente por todo el periodo previsto, sin importar si el convenio inaplicado se encuentra en periodo de vigencia ordinaria o de vigencia ultra activa (Gorelli Hernández). Solo el fin del plazo

pactado o la sustitución de dicho convenio por otro nuevo (del mismo nivel o de otro, si decayó el primero por vencer su periodo de ultra actividad) le podrán poner fin, produciéndose como consecuencia de ello la convergencia de las condiciones laborales aplicables en la empresa con las generales pactadas. Naturalmente, ni el acuerdo de descuelgue, ni el convenio posterior, pueden tener efectos retroactivos (Gorelli Hernández).

Finalmente, dada su función reguladora y el efecto sustitutivo que tiene el acuerdo de inaplicación respecto a lo pactado en un convenio estatutario, debe reconocérsele eficacia jurídica normativa y además personal general o *erga omnes*. Por lo tanto, su modificación unilateral por decisión del empresario por la vía del artículo 41 ET no resulta posible, al participar de la misma naturaleza del convenio colectivo que inaplican (Alfonso Mellado).

G. Control judicial de lo acordado, decidido o resuelto

El control judicial de los pactos de inaplicación se encuentra limitado, como se anticipó, por la sorprendente indicación de que, cuando exista acuerdo, "se presumirá que concurren las causas justificativas", pudiendo el mismo ser impugnado ante la jurisdicción social "solo por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso del derecho". Naturalmente, esta es una limitación que afecta exclusivamente al acuerdo. Y no, por lo tanto, a las decisiones de la comisión paritaria, los sistemas autónomos de solución de conflictos o las resoluciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes.

Ahora bien, entenderla como una prohibición absoluta de examen de la causalidad de dicho acuerdo supondría imponer una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva incompatible con el artículo 24 de la Constitución, toda vez que se estaría consagrando unas exigencias legales para la validez de un acuerdo, que además limita el derecho constitucional a la negociación colectiva, pero negando a los afectados cualquier posibilidad de control de su cumplimiento (Gorelli Hernández). Lo anterior resulta especialmente grave, por lo demás, si se tiene en cuenta que el acuerdo puede haber sido adoptado por representantes *ad hoc* del personal, sin experiencia ni respaldo sindical, fácilmente condicionables por tanto, como se dijo.

Con todo, existen "grietas" importantes en la regulación vigente que impiden dar un sentido absoluto a esta regla. En primer lugar, no es que a través de ella se impida examinar la existencia de causa. Lo que ocurre es que su examen ha de hacerse necesariamente al hilo de los motivos de impugnación previstos (fraude, dolo, coacción o abuso del derecho). Estos motivos son, sin embargo, lo suficientemente amplios y abiertos como para permitir el examen de la cuestión

(Alfonso Mellado). En segundo lugar, las aludidas por la norma no son, ni mucho menos, las únicas causas posibles de ser alegadas para impugnar el acuerdo, ya que es evidente que el mismo puede serlo también por falta de respeto de las reglas procedimentales, su adopción por sujetos no legitimados o la afectación de una condición no modificable (Alfonso Mellado). Finalmente, la limitación apuntada no rige respecto de las acciones individuales de impugnación de las decisiones empresariales de inaplicación de lo acordado, que podrán basadas en la ausencia de causa (Gorelli Hernández).

¿Cuáles serían, por último, las vías procesales aplicables a cada uno de estos supuestos?

En principio, para la impugnación de los acuerdos de inaplicación habría que recurrir al proceso de conflictos colectivos, al referirse este a todo tipo de pactos o acuerdos colectivos (art. 153 LRJS), mientras que el procedimiento de impugnación de convenios colectivos alude solo a los convenios estatutarios (art. 163 LRJS). Las demandas individuales, por su parte, parece que deberían sustanciarse a través del procedimiento ordinario, ya que el proceso del artículo 138 de la LRJS está previsto solo para los casos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensión del contrato de trabajo. Por último, los laudos fruto de un arbitraje pactado y las decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes tienen la misma eficacia que un acuerdo directo y pueden ser impugnados conforme al procedimiento y a las causas previstas por el artículo 91 del ET, es decir, a través del proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss LRJS), siendo las causas alegables, tanto las previstas con carácter general para la impugnación de convenios colectivos (ilegalidad y lesividad), como las especificas del artículo 91 ET (incumplimiento de los requisitos y formalidades previstos para la actuación arbitral y resolución sobre puntos no sometidos al arbitraje) (véase, Alfonso Mellado y Gorelli Hernández).

Creo que, con todo lo expuesto, se ha podido ofrecer al lector de estas páginas una visión articulada de los principales problemas que plantea la inaplicación parcial de convenios colectivos regulada por el artículo 82.3 ET. Y también una aproximación a las opciones más relevantes de las que disponen los sujetos negociadores de los convenios colectivos que pueden verse afectados para conjurar los riesgos más notorios que la puesta en práctica de esta institución es capaz de generar.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. "EL control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica". En: *Revista de Derecho Social*. Nº 62, 2013.

BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada, Comares, 2002.

CRUZ VILLALÓN, J. "EL descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012". En: *Revista de Derecho Social*. Nº 57, 2012.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*. Comares, Granada, 2013.

GUERRERO VIZUETE, E. "El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012". En: *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 33, 2013.

NAVARRO NIETO, F. "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva", AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17-18 mayo de 2012, disponible en: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

VIVERO SERRANO, J. "La solución autónoma de determinados conflictos colectivos incompatibles con el paradigma de la empresa flexible". En: SANGUINETI RAYMOND, W. (coordinador). *Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2013.

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS

JEAN-MICHEL SERVAIS[1]

Ni la Organización internacional del Trabajo (OIT) ni sus normas pueden permitir directamente la creación de empleo. Eso depende ante todo de una situación económica que arrastre a las empresas privadas y, cuando el dinero lo permita, al Sector Público a contratar. La Organización ofrece, sin embargo, un amplio análisis del malestar social provocado por las tendencias negativas de los mercados de trabajo[2]. El rol de las normas sobre el tema consiste en crear un cuadro racional para la elaboración de políticas activas de promoción de puestos de trabajo que aborden los factores que han llevado a la crisis y para el control sistémico y sistemático de su ejecución. En resumen, subrayan que ciertas políticas socioeconómicas y legislativas favorecen más la activación de los negocios con creación de empleo.

Deseo ofrecer a la memoria del doctor y profesor Mario Pasco Cosmópolis, científico eminente, político talentoso, amigo muy querido, algunas reflexiones sobre las respuestas que el Derecho Internacional propone para superar las consecuencias negativas de la globalización e identificar medidas eficaces que podrían fomentar el empleo sin desanimar el dinamismo económico. Homenaje a un hombre que unió en su vida la acción del ministro al pensamiento del profesor de Derecho, esta contribución trata de la dimensión jurídica de la política de creación de puestos de trabajo.

(1) Profesor invitado en las Universidades de Gerona y de Lieja. Presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social. Exdirector de la OIT.

(2) OIT. *Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2014*. Ginebra, OIT, 2014.

I. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA DE LA FLEXIBILIDAD Y DE LA PROTECCIÓN

Tentativas de ir más allá del dilema tradicional entre mantenimiento de las protecciones del asalariado y flexibilización del mercado de trabajo han surgido en el seno de la OIT con el concepto de "trabajo decente" y dentro de la Unión europea con el de "flexiseguridad". Las dos nociones tienen mucho en común si bien la segunda se dirige a un grupo de países más homogéneo.

Se identifica en el concepto de trabajo decente[3] una dimensión ética que se enfoca en la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, consagrados por la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998. Otra Declaración, votada en 2008 y titulada "sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa", confirma la primacía de la defensa de los derechos civiles en el trabajo frente a las normas técnicas sobre las condiciones de empleo.

La noción de trabajo decente contiene además un componente de solidaridad que ha conducido, por ejemplo, a la adopción en 2012 de una recomendación sobre la seguridad social en el sentido amplio de la palabra. Es un texto no obligatorio que manifiesta, como las declaraciones citadas, la tendencia de preferir instrumentos de *soft law* a los convenios con efectos jurídicos contundentes. El "pacto" mundial para el empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009 constituye otro documento incentivador sin valor jurídico. Esta observación no significa que estos documentos no tengan un impacto: constituyen la promoción racional, a través de compromisos políticos, de determinados programas. Han permitido una implicación más profunda de la OIT en el debate mundial sobre el desarrollo económico, como lo ejemplifica su participación en las reuniones recientes del G.8 y del G.20.

No es fácil, desde el punto de vista de una política social, conseguir un equilibrio óptimo entre *soft* y *hard law*, entre lograr una cierta conducta y fomentarla, por una parte, y, por la otra, imponerla con sanciones. Aquí, como en el campo de la educación, se necesita utilizar el palo y la zanahoria. Constato, sin embargo, que los textos sin valor jurídico no han demostrado una eficacia significativa frente

(3) SERVAIS, J. M. "El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica". En: *Revista de Relaciones laborales*, Nº 15-18, Madrid, agosto de 2012, pp. 150-159.

a la presente crisis. Observo además el Director General actual de la OIT parece poner un énfasis particular sobre el corpus completo de las normas obligatorias(4).

El término "flexiseguridad" viene de los Países Bajos y de una ley del 1 de enero de 1999 que ha tratado de estabilizar la posición de los trabajadores temporales(5). La fórmula provee cierta seguridad a los empleados interesados, en el sentido que pueden beneficiarse completamente, transcurrido un tiempo, de la ley laboral y de la seguridad social, mientras mantengan la requerida movilidad.

El concepto ha tomado un significado más amplio en el debate público europeo(6). Se refiere a una política social que apunte a lograr el equilibrio óptimo entre flexibilidad en el mercado de trabajo y protección social. Constituye el objetivo de la estrategia europea de empleo (EEE), que intenta conciliar una política activa de empleo con la defensa de la protección social. Se diferencia en los países nórdicos (como Dinamarca) de los países del sur de Europa como España, Francia e Italia. En los primeros, el despido es relativamente sencillo, pero los beneficios por desempleo son bastante generosos, financiados por una alta tributación; las políticas de empleo son activas y exitosas. Los segundos han adoptado un tipo de políticas completamente diferente, la terminación de las relaciones de trabajo se presenta difícil, pero las políticas activas de reintegración son menos eficaces y los beneficios por desempleo, limitados; la tributación y las deducciones sociales también son menos elevadas(7).

La estrategia referida se realiza de nuevo a través de una regulación de *soft law*, como el método abierto de coordinación. Favorece el dialogo social, incluso dándole la primacía al derecho "heterónomo", es decir, impuesto por las instancias

(4) Véase Conferencia internacional del trabajo, Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito, Memoria del Director General, 102.a reunión, 2013, informe i (a), Ginebra, OIT, 2013, §§ 103 y ss.

(5) HEERMA VAN VOSS, G. 'The "Tulip Model" and the New Legislation on Temporary Work in the Netherlands, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations", 1999, Nº 15(4), pp. 80-4; JASPERS, T. "Flexiguridad? es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perpectiva holandesa". En: J.P. Landa Zapirain (ed.). *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pp. 25-56; OIT, "Combining flexibility and security for decent work" Document GB.306/ESP/3/1, Ginebra, Noviembre 2009, §4.

(6) Se puede leer una síntesis de esta discusión en European Industrial Relations Observatory on-line EU Countries: Flexicurity and industrial relations, 30 setiembre 2008, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/09/index.html. Véase también HENDRIKX, F. (coord.). *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*. Mortzel, Intersentia, 2008; BLANPAIN, R. J.P. Landa and B. Langille (coord.). "Employment Policies and Multilevel Governance". En: *Bulletin of Comparative Labour Relations*. Nº 71, Kluwer, Países Bajos, 2009; CONTER, B. *La stratégie européenne pour l'emploi: de l'enthousiasme à l'effacement*. CRISP, Bruselas, 2013.

(7) PALIER, B. *Refonder la Protection Sociale: les Experiences européennes*, Esprit, 2006, pp.53-78; ANXO, D. and NICKCLASSON, H. "The Swedish model in turbulent times: Decline or renaissance?" En: *International Labour Review*, Nº 145(4), 2006, p. 379.

públicas[8]. Acuerdos marco entre las asociaciones empresariales y sindicales han sustituido a menudo a directivas en el campo del trabajo; a veces si bien menos frecuentemente que en el pasado, se apoyan sobre una directiva que refuerza su valor obligatorio.

En consecuencia, notamos un énfasis renovado sobre los derechos civiles en el trabajo. Esta tendencia se hace eco de las preocupaciones de pensadores anglosajones, deseosos de consolidar la protección de los más desfavorecidos, que insisten en la defensa de los derechos de los trabajadores como un aspecto de la salvaguardia de los derechos civiles en los países en los cuales domina el voluntarismo en las relaciones laborales[9]. La Comisión europea se concentra sobre cuestiones de negociación colectiva y de igualdad, especialmente de género[10]. La Corte europea de los derechos humanos juzga un papel más amplio en la defensa de los derechos sociales fundamentales[11] cuando el Tribunal de Justicia de la UE trata de conciliar los últimos con las libertades económicas, como en las famosas sentencias *Laval*, *Viking*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo,* intensamente comentadas.

Eso es todo y no es mucho frente a la crisis que conocen muchos países, principalmente ahora en Europa[12]. El nivel de desempleo ha alcanzado niveles cumbre en España, Grecia u otros países del sur del continente, no entro a valorar la situación de países de África, Asia o América latina. Aún más grave: según la OIT, el 40 por ciento de los desempleados en el mundo son jóvenes[13]. A escala mundial, se estima que hay 73 millones de jóvenes desempleados de entre 15 y 24 años en 2013. Según las proyecciones actuales, en las economías desarrolladas y la Unión Europea, la tasa de desempleo de los jóvenes no bajará del 17 por ciento antes de 2016[14].

(8) Artículos 152, 154 y 155 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE.

(9) Véase por ejemplo Committee on Monitoring International Labor Standards, Monitoring International Labor Standards. Techniques and Sources of Information, Washington DC, The National Academies Press, 11 mai 2004, en particulier pp. 224 et ss.; Ph. Alston (dir. de publ.), Labour Rights as Human Rights, Oxford University Press, 2005. Comp. FENWICK, C. and NOVITZ, T. (eds). *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*. Hart Publishing, Portland, 2010; FUDGE, J. "The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?". En: *Comparative Labor Law & Policy Journal*. vol. 29(1), automne 2007, pp. 29-66.

(10) Véase. <ec.europa.eu/policies/employment_social_rights_es.htm>, 16 nov 2012.

(11) Véase SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 10ª ed., PUF, Paris, 2011.

(12) CANTER, B. *La stratégie européenne pour l'emploi : de l'enthousiasme à l'effacement*. CRISP, Bruxelles, 2013; *Pauvreté et inégalités, Problèmes économiques*, Nº 3070, junio de 2013.

(13) Véase también "Les jeunes, une génération sacrifiée?", Problèmes économiques, núm. (especial) 3036 del 1 de febrero de 2012 ; Conferencia internacional del trabajo, La crisis del empleo juveni.: Un llamado a la acción, 101.a reunión, 2012, informe V , Ginebra, OIT, 2012.

(14) OIT, Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013, Ginebra, 2012.

Es verdad que las perturbaciones no tocan igualmente a todos y que los empleos perdidos aquí, se ganan a veces allá. Alemania y Brasil buscan a ingenieros cuando la huida de los cerebros afecta incluso a países industrializados. No son solamente los trabajadores menos formados, sino los que más formación han recibido quienes frecuentemente se van del país que ha gastado en ese fin buena parte de su presupuesto.

Frente a esta situación, evocaré brevemente las principales normas de la OIT que ayudan a la promoción del empleo, incluso los convenios sobre los servicios de empleo. No examinaré la cuestión conectada, sino diferente de la seguridad del empleo y del ingreso, en particular para los trabajadores precarios(15). Insistiré, en una segunda parte, sobre una categoría particular de este derecho, es decir las normas internacionales sobre la formación y el reciclaje profesionales; subrayaré su papel indispensable para ajustar los mercados de trabajo a las realidades actuales. Terminaré evocando la necesidad de irse más de las palabras y declaraciones y de hacer estas normas y políticas realmente eficientes.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO

1. Políticas sociales y estimulación del trabajo

La promoción del empleo descansa en el corazón de los programas y políticas sociales de la OIT adoptados por sus miembros, sean ellos países en desarrollo o industrializados(16). La prevención del desempleo está mencionada en la Parte XIII del Tratado de Versalles, que vio el establecimiento de la OIT. Una redacción más elaborada es utilizada en la Declaración de Filadelfia, votada al final de la Segunda Guerra Mundial y anexada la Constitución de la OIT.

Existen dos tipos de medidas para luchar contra el desempleo: las primeras son a corto plazo, las otras están dirigidas a preparar el terreno para una política activa de empleo en el más largo plazo. Las normas legales pueden ayudar a encontrar una solución si, de un lado, sientan objetivos a lograr, recomiendan

(15) Estudio esta problemática en mi libro Derecho Internacional del Trabajo, Heliasta, Buenos Aires, 2011, especialmente §§ 173-187, 477- 510 y 681-742.

(16) SOMAVIA, J. *Salir de la pobreza*. Informe del Director General a la sesión 91 de la CIT, OIT, Gimebra, 2003, p. 7 et seq.; SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. "Los alcances del derecho del empleo: su lugar en la legislación internacional y nacional". En: *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013.

políticas y programas específicos, crean canales apropiados para esas políticas y esos programas y, de otro, proveen al mercado de trabajo medidas tangibles y medios para evaluar su efectividad.

El Convenio Nº 122 de 1964 es el principal instrumento de referencia de la OIT sobre política social. Se suplementa con dos recomendaciones: la Recomendación Nº 122 adoptada el mismo año y la Recomendación Nº 169 adoptada en 1984. Además, varios otros instrumentos se refieren de un modo u otro a la formulación e implementación de la política de empleo: el Convenio Nº 142 y la Recomendación Nº 150 (1975) sobre el desarrollo de los recursos humanos; el Convenio Nº 88 y la Recomendación Nº 83 (1948) sobre servicio de empleo; y el Convenio Nº 168 y Recomendación Nº 176 (1988) sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo.

Los instrumentos son muy amplios en su alcance e interesan "a todas las personas disponibles y que busquen trabajo", para citar al Convenio Nº 122[17]. El objetivo principal que fija para los Estados ratificantes es una política activa designada a fin de promover empleo completo, productivo y libremente elegido. Pide a los Estados que tomen las medidas necesarias –incluyendo la consulta a los círculos interesados– para hacer esa política efectiva.

Las dos recomendaciones sucesivas especifican los objetivos generales de una política de empleo. La primera –Nº 122– enumera las medidas generales y selectivas que propone y destaca las políticas a ser adoptadas (inversión e ingreso; promoción del empleo industrial y rural, crecimiento de la población, acción por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, acción internacional). Contiene un anexo con sugerencias sobre métodos de aplicación. La Recomendación No. 169 completa el cuadro con disposiciones sobre empleo de personas jóvenes y desamparadas o grupos de gente, sobre tecnología y políticas de desarrollo regional, sobre el sector informal y pequeños negocios, inversión programas de trabajos públicos. Contiene también párrafos sobre política poblacional, cooperación económica internacional y migración.

La OIT adoptó, en 1998, otra Recomendación, Nº 189, sobre creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. En 2015, la Conferencia internacional del trabajo debería adoptar una recomendación por el que se establezca el marco de acción para facilitar la transición de la economía informal a la economía

(17) Artículo 1, para. 2.

formal, resultada esta evolución ser factor clave para el marcado descenso de la pobreza en América Latina durante el último decenio[18].

Como podemos ver, la mayoría de las normas propuestas son macroeconómicas. De allí la dificultad de supervisar su aplicación. La forma de preparar los informes periódicos sobre la aplicación del Convenio Nº 122 comprende preguntas sobre las relaciones entre los objetivos de las políticas de empleo y otros objetivos sociales y económicos. Se refiere expresamente a políticas generales y sectoriales de desarrollo y a medidas adoptadas, por ejemplo, en términos de inversiones, políticas fiscal y monetaria, comercio, precios, ingresos, salarios y desarrollo regional. También considera temas relativos a políticas de educación, formación y de mercado de trabajo.

Esto confirma que numerosos aspectos de la política de empleo se encuentran más allá de la inmediata competencia de las administraciones del trabajo y que es sensato comprometer otras administraciones gubernamentales e instituciones (planificación económica, finanzas, estadísticas, etc.) en la aplicación de un convenio. Una política de empleo es más que solo términos jurídicos. Los indicadores, criterios claramente económicos de progreso, son necesarios para analizar los programas del mismo tipo.

2. Servicios de empleo

Al principio, los servicios públicos de empleo se dedicaban esencialmente a la orientación profesional y a los desempleados. Desarrollándose, sus actividades se volvieron más sistemáticas: clasificación de las profesiones, análisis de los puestos de trabajo, búsqueda y distribución de información sobre reclutamiento. En la medida que el Estado asumió, en varios países, un rol más significativo en los terrenos económicos y sociales, se adoptaron nuevas vías de acción. Luego de la Segunda Guerra Mundial en particular, el objetivo de muchos gobiernos fue el pleno empleo y esto los impulsó a actuar –o a tratar de hacerlo– como reguladores del mercado de trabajo; en realidad, los resultados fluctuaron con la salud económica de cada país. En los años sesenta, los Estados expandieron sus campos de acción e integraron esas actividades en sus políticas y programas generales[19].

(18) CEPAL y OIT. "Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Formalización del empleo y distribución de los ingresos laborales". Nº 11, Santiago, OIT, octubre de 2014; OIT. *Panorama Laboral Temático: Transición a la formalidad en América Latina y el Caribe*. Lima, 2014.

(19) RICCA, S. *Introcution to public employment services.* OIT, Ginebra, 1994, p. 5 et seq.; OIT. *Strategies developed by the Public Employment Service in response to structural changes in the labour market*, Acts of the Interregional Technical Meeting (WAPES/ILO, 23–24 enero 1997), OIT, Ginebra, 1997.

Las normas laborales redactadas por la OIT en este tema reflejan esos desarrollos. En 1948, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio Nº 88 sobre servicio de empleo y la Recomendación suplementaria Nº 83; ambos instrumentos consideran al pleno empleo como el resultado natural de un mercado de trabajo racionalmente organizado. En 1964, el Convenio Nº 122 y la Recomendación Nº 122 sobre política de empleo invitaron a los Estados a asumir programas de acción de largo alcance. La tendencia continuó, colocando el acento de modo creciente en la política global y activa. La Recomendación Nº 158 de 1978 sobre la administración del trabajo destacó la necesidad de coordinación entre los servicios de empleo, los programas para crear y promover empleos, la orientación y la formación profesionales y los regímenes de prestaciones por desempleo. La Recomendación Nº 169 de 1984 completó el arsenal de medidas adelantadas por la OIT.

En los años noventa, sin embargo, la tendencia del Estado ha sido la de retirarse. Esto encendió nuevamente la discusión acerca de si las agencias de colocación debían ser gestionadas pública o privadamente. El punto nunca fue verdaderamente decidido aunque aquellos que están a favor de prohibir las oficinas privadas por una cuestión de principios dominaron y la situación hoy se ha revertido. En 1933 –durante la gran crisis económica– la OIT adoptó un convenio (el Nº 34) sobre agencias retribuidas de colocación en el que se estipulaba que tales agencias debían ser abolidas a los tres años de la entrada en vigencia del Convenio para el Miembro interesado. El Convenio, sin embargo, fue considerado demasiado rígido y revisado en 1949 por un nuevo convenio (el Nº 96) que dejó a los Estados ratificantes la opción de prohibir la existencia de tales agencias (Parte II) o de regular su actividad (Parte III). Durante gran parte del siglo XX, en consecuencia, las autoridades públicas jugaron una participación activa en la colocación de trabajadores de modo de poner un freno, inicialmente, a abusos bien conocidos. Muchos países prohibieron las agencias privadas de empleo, dando al Estado un monopolio[20].

El debate continuó. Las dudas expresadas sobre la eficacia de ciertas agencias públicas de empleo fueron obviamente un aspecto, las prácticas de ciertas agencias privadas otro. En 1997, la Conferencia Internacional del Trabajo finalmente adoptó un nuevo Convenio (el Nº 181) y una recomendación suplementaria (Nº 188) sobre agencias privadas de empleo permitiendo a estas últimas operar mientras protejan a los trabajadores interesados de posibles formas de abuso.

(20) *Documento GB.25/2/1 del Consejo de Administración*. Noviembre 1992, para. 88 et seq.; Conferencia internacional del Trabajo (81ª sesión, 1994), The role of private employment agencies on the functioning of labour markets, informe VI (Ginebra), OIT, 1994.

El Convenio Nº 181 considera casos en los que las partes de la relación laboral son ya la agencia privada misma, ya la empresa usuaria. En el último caso en particular, la legislación y práctica nacionales deben especificar las respectivas responsabilidades de la agencia y de la empresa. El artículo 12 lo estipula con respecto a un amplio espectro de temas: negociación colectiva, salarios mínimos; horas de trabajo, jornada y otras condiciones de trabajo; beneficios legales de seguridad social, acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidentes o enfermedades del trabajo; compensación en caso de insolvencia y protección de los reclamos de los trabajadores; maternidad y protección parental y beneficios.

El Convenio prohíbe recurrir a las agencias privadas para ciertas categorías de trabajadores y ciertas ramas de actividad; también autoriza la exclusión de ciertos trabajadores del ámbito del convenio siempre que "se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada". La Recomendación Nº 188 agrega que las agencias privadas no deben proveer trabajadores a las empresas a fin de reemplazar otros que se encuentren en huelga.

La Recomendación llama a los Estados a combatir las prácticas publicitarias desleales y los avisos engañosos, incluyendo aquellos relativos a trabajos inexistentes, y requiere de las agencias que no recluten trabajadores para empleos que supongan peligros o riesgos inaceptables. Recomienda que el contrato se celebre por escrito. El Convenio por su parte, solicita que las agencias no carguen directa o indirectamente, en todo o en parte, cualquier estipendio o costo a los trabajadores.

Varios de los artículos del Convenio versan sobre la protección de los trabajadores reclutados por la agencia. Esas garantías atañen a derechos laborales fundamentales (libertad sindical y derecho a negociar colectivamente, igualdad de oportunidades y de trato, inexistencia de trabajo infantil) y al procesamiento de los datos personales (los que deberían limitarse a temas relativos a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores interesados y cualquier otra información directamente relevante). La Recomendación especifica que las agencias deberían almacenar tales datos solo por el tiempo que se justifique y que los trabajadores deberían poder obtener y examinar una copia de los datos y corregir cualquier error. Salvo los directamente relevantes a los fines de los requerimientos de una ocupación particular y con el expreso permiso del trabajador interesado, las agencias no deberían requerir, mantener o usar la información relativa al estado médico de un trabajador.

El Convenio requiere adecuada protección de los trabajadores por parte de las agencias en todas las principales áreas del Derecho del Trabajo y de la seguridad social ya mencionadas con relación a las responsabilidades que esas agencias

comparten con las empresas usuarias. Los trabajadores migrantes también deben recibir suficientes salvaguardas. La legislación nacional debe asegurar adecuados sistemas y procedimientos, incluyendo a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas, para que se investiguen las quejas, los abusos alegados y las prácticas fraudulentas relativas a las actividades de las agencias privadas de empleo.

Varias legislaciones buscan prevenir que agencias inescrupulosas recurran a prácticas censurables y estipula, por ejemplo, las condiciones para la entrega y revocación de las licencias para operar y la posibilidad para las agencias legalmente reconocidas de formar una asociación o federación. El artículo 3 del Convenio establece que el status legal de las agencias privadas de empleo debe ser determinado de acuerdo con la legislación y práctica nacionales, luego de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas; las condiciones que gobiernan la operación de las agencias privadas de empleo están en principio determinadas de acuerdo con un sistema de licencia o certificación.

Aún se debe determinar la naturaleza de la relación entre tales agencias, cualquier autoridad regulatoria y los servicios públicos de empleo (o cualquier otro regulador público del mercado de trabajo). Este es el tema del artículo 13 del Convenio. Las agencias privadas de empleo deben proporcionar a las autoridades públicas la información que les sea requerida, con respeto de la naturaleza confidencial de tal información, para estar en conocimiento de la estructura y actividades de tales agencias y con fines estadísticos. Las autoridades competentes compilan esa información y, a intervalos regulares, la hacen públicamente disponible. De acuerdo con la Recomendación, la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas puede incluir: "a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; b) intercambios de anuncios de vacantes; c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación; d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; e) la formación del personal; f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales".

El Convenio establece que la cooperación, más generalmente, se basa en el principio según el cual las autoridades públicas retienen la autoridad final para formular la política en materia de mercado de trabajo y para utilizar o controlar el uso de los fondos públicos destinados a la implementación de tal política. Sería sin duda difícil imaginar la completa privatización de los servicios de empleo,

en particular de aquellos que participan en las estrategias del gobierno para combatir el desempleo.

Los Estados también tienen la obligación, si ratificaron el Convenio Nº 88 de la OIT, de mantener y asegurar el mantenimiento de un servicio público gratuito para este fin. La disposición ya estaba contemplada en el Convenio Nº 2 sobre desempleo, de 1919. El Convenio Nº 88 apunta particularmente a reforzar y aumentar la eficacia de los servicios públicos de empleo nacionales. Con la Recomendación Nº 83, pide que se mejore la información sobre el mercado de trabajo y orientación profesional; estimula las actividades que promuevan la movilidad geográfica y ocupacional.

Los representantes de los empleadores y de los trabajadores deben asociarse en el funcionamiento de tales servicios y en la política para su implementación.

Las administraciones del trabajo europeas actúan sobre los mecanismos que regulan el mercado de trabajo. Lo hacen de diferentes maneras: a través del otorgamiento de permisos de transporte y bonos para movilidad, a través de subsidios a los costos que insume la búsqueda de un nuevo empleo, y por medio de la concesión de subsidios especiales a los trabajadores considerados como una prioridad, a través de prácticas profesionales, asesoramiento a empresas, propiedades teniendo en vista la colocación, etc. Varias de esas tareas son parte de la misión básica del Estado moderno.

III. PUESTA EN VALOR DE LAS CAPACIDADES PROFESIONALES

1. Una visión moderna del desarrollo de los recursos humanos

¿Quién podría negar la utilidad de unir formación con empleo? Dan testimonio de ello el sinnúmero de enfoques trazados por los gobiernos en los años recientes, alentando a los empleadores a contratar o aceptar aprendices y practicantes, en particular a través del auxilio financiero. La decisión de varios países de prolongar la educación obligatoria también hace al punto. La crisis del empleo ha impulsado a varios gobiernos a cuestionar la calidad y eficacia de sus sistemas educativos y a introducir lo que a veces constituyen reformas fundamentales que conciernen la reconversión de adultos y la formación progresiva tanto como la educación de las personas jóvenes.

Cualquier política de desarrollo de recursos humanos que intente tener resultados tangibles presupone la implementación de un esquema integrado de

formación y orientación profesional que refleje las opciones hechas en términos de objetivos, estructuras, condiciones y fuentes de financiamiento. La llave al éxito de tal política es la definición de objetivos concretos y específicos para el corto y mediano plazo. En algunos países, la OIT contribuye a la ejecución de los programas relevantes en el marco de proyectos de cooperación técnica. El interés no reside tanto en formar gente para una ocupación específica como enseñar a los trabajadores cómo adaptarse a situaciones laborales inesperadas, tareas y trabajos, cómo manejarse, particularmente en los países industrializados, con las consecuencias de los cambios tecnológicos y los ajustes y reestructuraciones enderezadas a incrementar la economía. La formación profesional debería hacer a los asalariados más polivalentes y permitirles cambiar de ocupación, aun dentro de la compañía, en el curso de sus vidas laborales. Es también un medio de introducir un grado de flexibilidad de largo plazo en la industria, comercio y oficinas.

Ninguna sociedad puede, sin encargarse de aumentar el conocimiento y las calificaciones, fomentar la reflexión, la iniciativa y la creatividad. Resultante de las ideas de igualdad y de democracia vehiculadas por la Revolución Francesa –debemos mencionar aquí Nicolás de Condorcet– la educación pública para todos ha sido consagrada en el curso del siglo XIX. Paralelamente los Estados prohibieron uno después del otro, el trabajo de los niños. El objetivo ha consistido en proporcionar una enseñanza básica a cada uno y a permitir a los mejores, viniendo de cualquier origen social, acceder a la ciencia y a la cultura así como progresar de esta manera sobre la escala social. Este tipo de educación era general: no correspondía a la preparación para un trabajo particular. Sin embargo, una enseñanza técnica y profesional luego la ha completado.

En cambio, el aprendizaje de un trabajo u oficio al lado de un patrón se remonta a tiempos antiguos: es natural aprender una profesión con prácticas en la empresa de una persona que tiene una larga experiencia. La institución se integró durante la Edad Media en el sistema de los gremios donde los aprendices frecuentaban los maestros y los obreros confirmados, ha sobrevivido a su desaparición y ha evolucionado después de la Revolución Industrial.

La oposición entre las dos formas de educación –en la escuela o in situ– tiende hoy a disminuir. De hecho varios países hacen alternar en el curso de la formación clases y prácticas en empresa. Mucho más: la educación, incluso profesional, no se orienta tanto hasta un empleo específico que se puede perder o nunca obtener. Aparece más y más difícil prever los oficios o trabajos que una persona va a ejercer durante su vida. La formación técnica pretende capacitar el obrero, el empleado, el ejecutivo para adaptarse sin demasiado problemas a un cambio

de empleo. También tiende a facilitar su realización, el conocimiento de sus aptitudes y, posiblemente, su ascenso social.

Alemania constituye un ejemplo de un sistema educativo moderno y eficiente que incluye prácticas profesionales. Suiza tiene instituciones bastante similares.

2. Derecho internacional sobre formación y orientación profesionales

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mira a la formación profesional desde dos ángulos: en términos del derecho de todas las personas a la educación (establecido en el artículo 13) y en los de las medidas que todos los Estados deben tomar (bajo el artículo 6) para asegurar el pleno disfrute del derecho a trabajar.

La OIT y la Unesco se inspiraron de esas disposiciones y las expandieron a instrumentos internacionales más detallados. En 1974 la Unesco adoptó la Recomendación revisada sobre Enseñanza Técnica y Profesional; el 10 de noviembre de 1989 es adoptada una convención internacional sobre el mismo tema. En la OIT, los textos básicos en esta área son el Convenio Nº 142 de 1995 y la Recomendación Nº 195 de 2004, sobre desarrollo de recursos humanos. Ambas instituciones también trabajaron juntas en una recomendación de 1997 relativa a la condición del personal docente de enseñanza, que contiene varios parágrafos sobre la preparación para la profesión y sobre formación posterior. Como regla, la Unesco, trata principalmente temas de educación y organización, mientras que la OIT se encuentra más profundamente interesada en la relación entre la formación por un lado y el empleo y el trabajo por el otro.

La organización de la enseñanza técnica y profesional fue una de las medidas enumeradas en 1919 en el Preámbulo de la Constitución de la OIT. La Declaración de Filadelfia, adjuntada en 1944 a este instrumento fundamental, también se refiere a las posibilidades de formación[21].

El Convenio Nº 142 y la Recomendación Nº 195 trataron, en 1975, de la formación y de la orientación profesionales en una perspectiva global, como factores de desarrollo económico y social. Proponen una verdadera política social para el desarrollo de los recursos humanos[22]. El Convenio invita a los Estados a que adopten y desarrollen políticas compresivas y coordinadas y programas de guía y formación profesionales y que establezcan un estrecho vínculo con la política de

(21) Parágrafo III(c).

(22) Ver: BARBAGELATA, H.H. (ed.). *El derecho a la formación profesional y las normas internacionales*. Cinterfor, Montevideo, 2000.

empleo. Estas preocupaciones ya se han notado. Mientras que los objetivos son ambiciosos –las políticas y los programas deben ser "comprensivos y coordinados"– el artículo 1 agrega que los últimos deben tomar debida cuenta del nivel de desarrollo económico, social y cultural y la relación con otros "objetivos económicos, sociales y culturales" y deben ser perseguidos por medio de métodos apropiados a las condiciones nacionales. El parágrafo final establece que esas políticas y programas deberían ayudar a todos a desarrollar y usar sus capacidades para el trabajo y tomar cuenta de las necesidades de la sociedad.

El artículo siguiente requiere de los Estados, a fin de lograr esos objetivos, que establezcan y desarrollen "sistemas abiertos, flexibles y complementarios" de enseñanza general técnica y profesional, así como de orientación escolar y profesional y de formación profesional.

El Convenio Nº 142 insiste en que las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y otras agencias interesadas, deben colaborar en la preparación y aplicación de estas políticas y programas. Las organizaciones de trabajadores han estado interesadas en los temas educativos desde que aparecieron. Ellas mismas han fundado, a menudo, instituciones con ese fin –tales como las universidades de los trabajadores– o han buscado colocar la escuela a la luz de los requerimientos del trabajo, promoviendo las clases nocturnas. Los empleadores habitualmente quieren trabajar con trabajadores calificados. En muchos casos han armado, solos o en grupo, sus propias estructuras de formación profesional. Las autoridades públicas, por su parte, tienen todo el interés de asociar los negocios y sus facilidades de investigación en las formas actuales de formación profesional.

Los empleadores y los sindicatos son depositarios de la formación y reconversión profesional, las que son vistas de modo creciente –en Alemania y Japón especialmente– como aspectos esenciales para la negociación colectiva. Algunos códigos laborales imponen la obligación de negociar el tema y enumerar los puntos a discutir. La cuestión da lugar a pocos conflictos.

En la compañía o en la empresa, los comités de trabajadores o los representantes pueden habitualmente introducir el tema con la dirección. El empleador se encuentra a menudo obligado por la ley o el convenio colectivo a proveerlos de información o a consultarlos. Menos habitualmente, los comités o los representantes pueden negociar el tema o aun obtener poder genuino para co-dirigir. Por otro lado, frecuentemente existen a nivel nacional, regional o por rama de actividad, organismos informales o institucionalizados de diálogo permanente sobre esos tópicos entre las autoridades públicas y las organizaciones profesionales; ellas discuten la organización, los programas y el financiamiento, proyectan leyes y regulaciones.

Va sin decirlo que la colaboración activa entre las asociaciones de empleadores y los sindicatos sirve para hacer al sistema más flexible y para adaptar la formación a las necesidades de los usuarios.

IV. CONCLUSIONES

No basta con proclamar políticas e imponer reglas, ellas deben ser también ejecutadas. Es un tema de credibilidad, de confianza en el Estado y sus agencias, de respeto por el sistema legal (por la regla de derecho) y por los organismos judiciales del lugar. A este respecto, el vigor con que la lucha contra el fraude y la corrupción es llevada a cabo y la accesibilidad al sistema judicial son indicadores altamente relevantes.

A fin de conducir sus programas y supervisar el respeto por sus normas, el Estado necesita instituciones sobresalientes(23). Cualquier servicio público, sin embargo, implica usuarios en busca de servicios de calidad al mejor precio y pagadores de impuestos interesados en la carga financiera que esos servicios crean. Que esas instituciones sean públicas o privadas tiene que ver, en varios extremos, con la tensión entre esos dos aspectos de todo ciudadano y su relación con el Estado.

El Convenio Nº 150 y la Recomendación Nº 158 se encargan de la estructura, de las directrices generales y de un marco institucional que permitan a las administraciones del trabajo desempeñar su tarea eficazmente.

El Convenio destaca que es en el interés de las administraciones asociarse a sus usuarios, principalmente los empleadores y los trabajadores agrupados en sus respectivas organizaciones. Más aún, deja libre a los Estados para delegar o encomendar algunas de sus actividades a organizaciones no gubernamentales tales como las asociaciones de empleadores o de trabajadores (o los representantes de los empleadores y de los trabajadores). Por la misma razón, algunos aspectos de la política laboral nacional pueden ser decididos por la negociación directa de las partes(24).

Esfuerzos mayores han sido realizados en ciertos países para mejorar la aptitud de las administraciones nacionales a fin de llevar a cabo su misión. Esos esfuerzos apuntan a incrementar la calidad de los servicios provistos y las relaciones

(23) SOMAVIA, J. *Superar la pobreza*. Ob. cit., pp. 80-81.

(24) Artículos 2, 3 y 5 del convenio.

con los "clientes". Se refieren a las modificaciones de las estructuras administrativas a fin de asegurar el control real por parte de las autoridades administrativas y aumentar la colaboración entre las unidades del ministerio de trabajo o con los departamentos cuya misión es económica. Esta coordinación refleja los principios expresados en los instrumentos antes mencionados(25).

El objetivo es armar una administración de los asuntos sociales competente y eficiente como el mejor medio de preparar, coordinar y ejecutar una política social global; una administración que pueda dar instrucciones a las unidades operativas y asegurarse de que sean aplicadas. Como el artículo 10 del Convenio establece, esto requiere un personal calificado decentemente tratado.

La administración debe contar también con la información que necesita para construir su acción sobre un terreno técnicamente sólido y para estimular la creatividad. Ello presupone investigaciones serias sobre las cuestiones del trabajo y del empleo (el parágrafo 18 de la Recomendación Nº 158 sugiere que una política genuina sea adoptada sobre este punto) así como estadísticas confiables. El Convenio Nº 160 y la Recomendación Nº 170, adoptados en 1985, tratan el tema de las estadísticas laborales. El Convenio obliga a los Estados a colectar regularmente, compilar y publicar estadísticas laborales básicas, que puedan ser progresivamente extendidas hasta abarcar los datos más relevantes relativos al trabajo: población que trabaja; empleo, desempleo y (si fuera posible) subempleo visible, ingresos y tiempo de trabajo; salarios; costos laborales; índices de precios al consumidor; gastos del hogar e ingresos; accidentes y enfermedades del trabajo: conflictos laborales. La Recomendación agrega datos sobre productividad. Adjunta que las estadísticas deben clasificarse por lo menos según el sexo, el grupo de edad, el grupo de ocupaciones o los niveles de calificación, la rama de actividad económica, el área geográfica y la situación en la ocupación (como empleador, persona que trabaja por cuenta propia, asalariado, trabajador familiar no remunerado o miembro de una cooperativa de productores).

En pocas palabras, una política y un derecho eficaces del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas.

(25) Artículo 9 del convenio Nº 150 y paras 19 et seq. de la recomendación Nº 158.

EL MODELO DE JUICIO DEL TRABAJO EN LA REFORMA LABORAL PROCESAL CHILENA

FRANCISCO J. TAPIA GUERRERO[1]

I. UN RECUERDO NECESARIO

Ya se habrá escrito o dicho mucho de la extensa y variada obra de nuestro querido amigo Mario como abogado y maestro del Derecho del Trabajo y Laboral Procesal. Probablemente también, se habrá reconocido su labor como ministro del Trabajo. En este punto, quisiera destacar su participación en la reforma laboral procesal peruana, desde esa cartera de Estado. Inscribía al Perú en la oleada que ha recorrido el continente, en la búsqueda de modelos de justicia laboral que hagan posible la efectiva tutela de los derechos laborales. Mirada en la perspectiva del tiempo, la aplicación del ministro en promover esas transformaciones legales, le sitúa también en un especialísimo lugar, en ese cambio de tanta significación para la disciplina del Derecho del Trabajo, y particularmente, para los destinatarios de una mejor justicia. Pude observar su empeño y entusiasmo en la reforma, que, como en otras tantas actividades que desarrollaba, llevaban su marca de excelencia y de profundo humanismo. Le dedicamos este artículo en su recuerdo, con amistad y admiración.

(1) Director del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA LABORAL PROCESAL CHILENA

La reforma laboral procesal en Chile –como probablemente también lo ha sido en otros de nuestros países–, ha buscado hacer efectiva la garantía de la efectiva tutela de los derechos laborales, introduciendo modificaciones orgánicas y procesales que sustituyeron el modelo de juicio de la antigua legislación laboral procesal. Esta reforma se apoya principalmente en la Ley 20.087 y en las leyes 20.022 y 20.023, de 2005 y 2006.

La particularidad del proceso reformista ha estado dada en sus orígenes, diríamos, **esencialmente laboralistas** que ha tenido, con el mandato conferido por el gobierno al Foro de la Reforma Procesal Laboral y Previsional, que se constituyó con la presencia de académicos, jueces, litigantes y representantes de los servicios públicos, que durante dos años discutieron las bases de la misma que se presentaría al gobierno del Presidente Lagos(2).

El trabajo realizado por el Foro daba cuenta de la necesidad que el Derecho Laboral Procesal respondiera efectivamente al derecho sustantivo al que está destinado a servir y ratificaba la convicción expresada en el debate de que sin las debidas garantías, el derecho sustantivo se diluye en meras declaraciones, carentes de eficacia, sin que además los ciudadanos perciban de la debida tutela de derechos que el Estado debe garantizar(3).

De este modo, el acceso a la justicia pero también, la legitimidad de la legislación laboral y la institucionalidad que le sirve a su cumplimiento, se transformaban también en un objetivo general, desde que dada la ineficacia de los antiguos tribunales del trabajo en su respuesta a la demanda de justicia, los trabajadores desestimaban cuando se podía, recurrir al tribunal o bien, muchas de las causas quedaban **a la deriva** como consecuencia del desinterés e inactividad de la parte. Ha sido ése un objetivo político de la reforma, desde que lo que promueve no es ya lo específico de la solución de las controversias laborales, sino que la existencia de un Estado que debe dar satisfacción a los requerimientos de los ciudadanos en cuanto al sistema de derecho.

(2) Me correspondió desempeñarme como coordinador alterno del mismo con el destacado y recordado profesor don Patricio Novoa Fuenzalida, un notable jurista y mejor persona.

(3) También esa era una definición de política expresada en las negociaciones y posterior acuerdo que llevó a la suscripción del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, en esa época, en una perspectiva de proyección hemisférica, posteriormente diluida, que en su capítulo laboral privilegiaba los derechos fundamentales de la Declaración de Junio de 1998 de la OIT y, el énfasis en la fiscalización administrativa en el cumplimiento de la ley laboral y las garantías desde la tutela judicial efectiva.

III. LAS BASES DE LA REFORMA LABORAL PROCESAL

Es así como el debate parlamentario se desarrolló sobre la base de una propuesta enraizada en la comunidad *iuslaboralista*, con amplios consensos, y lo más importante, en una perspectiva de corrección de las deficiencias del antiguo modelo de juicio, considerando además, los antecedentes de las experiencias de Derecho Comparado.

El proceso de reforma se enmarcó en tres líneas orientadoras fundamentales.

Una primera, atendiendo a la experiencia exitosa de la reforma procesal penal chilena de algunos años antes, introduciendo reformas tanto orgánicas como procesales, resaltando en las primeras, una nueva composición de los tribunales con jueces unipersonales pero que, en las grandes ciudades, forman parte de un mismo tribunal, asistidos por unidades que le prestan apoyo, limitándose los jueces a su labor de dirección de las audiencias del juicio y a la adopción de la decisión que le pone término a través de la sentencia. Ello ha significado profundas transformaciones en el modo de hacer justicia(4).

Una segunda, que separa la justicia declarativa de la de ejecución laboral en las grandes ciudades(5), lo que ha significado la creación de juzgados de cobranza laboral y previsional en esas, que tienen competencia además, para conocer de los juicios ejecutivos previsionales, lo que requirió además, la modificación de las normas legales sobre cobranza previsional contenidas en la Ley 17.322(6) que sin embargo, a diferencia de la nueva justicia laboral, se percibe como problemática por la duración de los juicios ejecutivos y la aplicación de las normas contenidas en el antiguo Código de Procedimiento Civil. Efectivamente el contraste es significativo y se ha postulado la revisión de los tribunales de ejecución(7).

La tercera línea ha sido su implementación gradual, primero en las ciudades de menor tamaño y después, en aquellas de mayor población, lo que permitió su monitoreo, sin perjuicio de que a poco andar de la aprobación de la Ley 20.087

(4) Contenidas en la Ley 20.022 y que establece normas muy similares cuando no las mismas, de la composición de los juzgados orales en lo penal, con algunas diferencias también propias de la composición especial de esos tribunales.

(5) En la Región Metropolitana que comprende los territorios jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel, Valparaíso y Concepción. En las demás ciudades, la ejecución recae en los propios juzgados de letras del trabajo.

(6) Ley Nº 17.322 de 1970 modificada por la Ley Nº 20023.

(7) Tema este que adquiere mayor complejidad cuando se ha venido debatiendo el proyecto de reforma de la justicia civil y en donde principalmente se han expresado diferencias importantes en las normas de ejecución. Vid. IEJ - CEJA - OIT - AGAL. Bases para la reforma del sistema de ejecución en el proceso laboral. 2013

que consagró los nuevos procedimientos, se inició su revisión por una comisión más reducida que aquella del Foro de la Reforma[8], y que culminó con un informe que proponía modificaciones a la legislación que entraba en vigencia, proyecto que a través de la Ley 20.260 le dio su texto definitivo[9].

Es así como el conjunto de leyes de la reforma laboral procesal ha nacido con una amplia legitimidad basada en la especialización desde el Derecho del Trabajo, la modernización de las instituciones procesales, y particularmente, el nuevo modelo judicial que lleva a un mejor ejercicio de los derechos del debido proceso. Existe un amplio consenso en la comunidad **iuslaboralista** acerca del éxito de la reforma laboral procesal, sin perjuicio de las críticas que se hacen a algunos de sus institutos, pero además, la mayor actividad jurisdiccional que se aprecia con el ejercicio de los derechos del procedimiento, da cuenta de que la justicia laboral ha respondido al derecho de los trabajadores a contar con mecanismos expeditos a los que recurrir en defensa de sus legítimas pretensiones, cuando estiman incumplida la ley.

IV. UN NUEVO MODELO DE JUICIO DEL TRABAJO

La experiencia pasada que daba cuenta de una justicia formal, lenta y cara, que además no daba satisfacción a los trabajadores en su requerimiento de fondo y de tiempos, basada también en una estructura de juicio formal que no accedía a los cambios habidos en la sociedad, especialmente los provocados por las nuevas tecnologías, llevaban a la necesidad de modificar profundamente las instituciones orgánicas y procesales.

Es así como el nuevo modelo de juicio se consolidó sobre cinco pilares que le dan un sello ideológicamente distintivo de los modelos formalistas de justicia y que en la experiencia concreta del juicio del trabajo en Chile importaron un abandono cuando no, una denegación de justicia.

Los cinco pilares han sido a nuestro juicio los siguientes:

a) El proceso como búsqueda de la verdad y la solución del juicio de hecho;

(8) Constituida por jueces y litigantes, en la que se pasó rastrillo a la ley, revisando artículo por artículo desde la coherencia del modelo de juicio y principalmente, de la funcionalidad del sistema.

(9) Se hacía necesario asegurar su éxito, puesto que no todas las reformas procesales han sido exitosas, como es el caso de la reforma a la justicia de familia.

b) La redistribución de los poderes procesales y el principio de oficialidad;

c) El juez activo y el principio de inmediación;

d) La decisión racional y motivada; y,

e) Un sistema recursivo coherente con el modelo de juicio.

V. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA SOLUCIÓN DEL JUICIO DE HECHO

El modelo de juicio de la reforma asume que lo discutido es principalmente un juicio de hecho, que es necesario solucionar a través de la verdad posible, para lo cual incorpora exigencias a los enunciados de hecho que las partes hacen en sus respectivos escritos de demanda y de contestación, como lo es aquella que se refiere a la **descripción clara y circunstanciada de los hechos** y sus fundamentos de derecho, lo que necesariamente lleva a la secuencia del hecho y de la prueba a la decisión racional del tribunal. Se trata la controversia, generalmente, de la aplicación de hechos que provocan una determinada consecuencia jurídica, que las partes discuten.

Interesa entonces al juez que decidirá en la audiencia preparatoria, el hecho que se discute[10] y que será aquel que se fije para su prueba conforme al enunciado que las partes hagan del mismo y por cierto, las pruebas que rindan sobre el mismo, lo que lleva también a las facultades probatorias del juez. Por eso interesa la lectura que el juez haya podido hacer de los escritos de demanda y contestación, desde que debe hacer su propuesta conciliatoria que en nada le compromete y la relación de los hechos que hace al comienzo de la misma[11] según los escritos fundantes de las partes en juicio.

Todo ello lleva a la verdad probable, esto es, a descubrir los hechos que se dice que ocurrieron, a través del conocimiento de la prueba y de su peso, aún sea

(10) El juicio se estructura según se dirá, en dos audiencias, de modo que no es necesariamente el mismo juez el que conoce de una y otra, especialmente en aquellos tribunales compuestos por pluralidad de jueces, como es el caso de los dos juzgados de letras del trabajo que tienen trece jueces cada uno.

(11) Se trata que fluya el juicio con la correcta apreciación de lo discutido pero es también una forma de control de las partes acerca del conocimiento que tiene el juez de lo discutido. Es una lógica diferente de la del proceso penal chileno que supone que todo conocimiento previo del juez acerca de la causa importa una contaminación para la decisión.

cuando el único supuesto de hecho que realiza una norma sea valorativa[12], conforme a los criterios de valoración racional que debe hacer el juez. No afecta a lo anterior, la exclusión de prueba por causa legal[13], ni la circunstancia de la procedencia de la prueba indiciaria en el procedimiento de tutela de derechos.

El juez del juicio oral a diferencia de aquel que conoce del juicio monitorio[14], es un juez que busca la verdad sobre la base de la probabilidad de los enunciados de hecho contrastados con la prueba. En el primer caso, la probabilidad concierne a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero o falso un enunciado, mientras que el juicio de verosimilitud se refiere solo a la eventual normalidad de lo que el enunciado describe[15].

VI. LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS PODERES PROCESALES Y EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Es parte de la política de derecho de la reforma su definición en cuanto a que el juicio del trabajo es asunto público cuyo resultado interesa a la sociedad, de modo que no se trata ya de un problema que afecta a las partes del juicio, sino que compromete a la paz social. Esto lleva a entender el proceso como un mecanismo de solución de conflictos pero también, como instrumento de la paz social. El juicio del trabajo no se desliga del trabajo como hecho social ni de la tutela como una cuestión esencial del derecho que lo regula.

Es así como la ley dispone una redistribución de los poderes procesales, reconociendo al juez la dirección del proceso, a través de mecanismos que buscan la verdad de los hechos. Debe el juez asumir la función que se le asigna en la dirección de las audiencias, cuidando se desarrolle en la forma que las normas lo ordenan, pero además, disponiendo todas las medidas que permitan su curso conforme al impulso procesal que se le reconoce.

Este principio convive con otros dos, cual es la bilateralidad de la audiencia y el deber de buena fe procesal que se impone a los litigantes, de modo que el debate en las audiencias debe procurar, el decurso de la misma, conforme a las

(12) FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 51.

(13) Se trata de aquella que es impertinente o que se ha obtenido ilícitamente, todo ello previamente debatido en la audiencia respectiva. También el juez puede limitar la prueba cuando ella es reiterativa.

(14) Se trata del procedimiento de menor cuantía en que el juez acoge o rechaza la demanda debiendo el agraviado con la decisión reclamar de ella, invirtiéndose el contradictorio.

(15) TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 107.

finalidades que cada una cumple: la audiencia preparatoria, además de la conciliación, debe hacer posible la posterior audiencia de juicio de modo que en ella solo se verifique la prueba, en la forma que lo ordena la ley. Se trata del debate destinado a proporcionar la información necesaria y de calidad para la solución de la controversia, en la que el juez asume dirección pero interactúa con los apoderados de las partes.

VII. EL JUEZ ACTIVO Y LA INMEDIACIÓN

El enunciado de hecho debe verificarse y pasa a ser el objeto de la prueba y esta de la decisión. De ahí la necesaria presencia del juez en la audiencia preparatoria y en la audiencia de juicio. Se trata de la verificación de lo que las partes han propuesto en sus escritos de demanda y de contestación. La dinámica del juicio oral requiere entonces de la presencia del que tiene a su cargo la valoración de la prueba y la decisión. No existe otra alternativa mejor para llegar a la verificación de los enunciados, que el juez activo, que observa, interroga y percibe la prueba de forma que va calibrando el peso de cada una de las pruebas que las partes aportan, particularmente en el juicio oral. La clave del modelo de juicio está en la inmediación(16).

Así, el juicio del trabajo en la legislación chilena es uno de aquellos que la doctrina ha denominado como un modelo judicial cognoscitivo por el cual el procedimiento de fijación de los hechos se dirige a la formulación de los enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario(17) en que el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la correspondencia y el principal criterio de verdad el de la contrastación empírica(18).

La presencia del juez es entonces determinante en la búsqueda de la verdad de los hechos. Es muy distinto a la revisión que hace de las pruebas a la que solo llega mediante la lectura para concluir como el resultado de lo que otro ha trascrito, que el juez que observa, interroga y mide la prueba y la contrasta, proceso este que lleva a pensar en un camino de decisión normalmente complejo, en

(16) En la primera Ley de la reforma 20.087 el énfasis estaba en el paso a la oralidad; con la reforma de la Ley 20.260 se puede sostener que la clave ha pasado a ser la inmediación, siendo la oralidad una técnica que contribuye a la verificación de los enunciados de las partes.

(17) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 49.

(18) Ídem.

el que el juez puede naturalmente ir variando en su decisión, en la medida en que va descubriendo los hechos. Puede de alguna manera diferenciarse la **valoración en itinere** que hace el juez durante la práctica de la prueba y que tiene por objeto detectar insuficiencias en el peso o riquezas del conjunto de elementos de juicio a los efectos de resolverla que aquella que realiza una vez que ellos han sido cerrados, momento en el que corresponde determinar el grado de corroboración que esta aporte a cada una de las posibles hipótesis en conflicto(19).

Nada más lejano a la búsqueda de la verdad que el juez ausente y si no, el juez pasivo que solo observa, sin la posibilidad de interactuar con la prueba llevándola al terreno en la que pueda contrastarla, para descubrirla y justificarla.

VIII. LA DECISIÓN RACIONAL Y JUSTIFICADA

Constituye un imperativo del debido proceso, en tanto las partes tienen el derecho a conocer lo decidido, sus fundamentos y justificación. De ahí el camino que sigue la ley para procurar la información de la mayor calidad para que el juez descubra la prueba aportada, la valore, decida y justifique. La sana crítica como regla de decisión constituye entonces una exigencia para el juez que debe decidir y justificar su decisión.

La ley laboral procesal le exige entonces el análisis de toda la prueba, la que por cierto se apreciará cada una en su mérito de acuerdo a la relevancia de la misma, cuestión esta que no solo es una exigencia técnica, sino también, el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces(20).

No deja de interesar aquella que no lo es, en términos de que se trata de hechos secundarios o de contexto, y que permiten de alguna forma, especialmente cuando se trata de controversias laborales, que se presentan normalmente en un cuadro de hechos en que unos pueden llevar a entender otros, pues, no suceden esos en una probeta sino en la realidad, que se asoma cada vez más compleja dadas las formas de reorganización de las empresas y del trabajo.

El juez entonces pasa del descubrimiento a la fase de la decisión y de su justificación, proceso complejo derivado de las operaciones mentales que desarrolla durante el probatorio y que le exigen el contraste con los enunciados fácticos

(19) FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 91.
(20) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 171.

que se le han propuesto, para lo cual, como se ha sostenido, con sus pasos intermedios, gestión de los resultados de las pruebas y orden de examen que le parezcan más cómodos, tiene que llegar a la elaboración de un listado de hechos relevantes jurídicamente y que como resultado le da una exposición acompañada de los medios de prueba en que se fundan que le servirán para la elaboración de su motivación(21).

Como se ha señalado, la narración de los hechos que el juez construye se compone de un conjunto de enunciados fácticos obtenidos de las pruebas disponibles y racionalmente valoradas, un confirmación probatoria suficientemente fuerte que en el contexto del proceso, pueden considerarse como verdaderos, en el que cada parte del discurso adquiere sus sentido en el todo al que pertenece(22).

IX. UN SISTEMA RECURSIVO COHERENTE CON EL MODELO DE JUICIO

Ha habido aspectos de la ley que han llevado a debate(23). Uno de ellos ha sido el referido al recurso que la ley franquea en contra de la sentencia definitiva, como lo es el de nulidad, por el que se puede pedir la invalidación del juicio o de la sentencia según la causal que se invoque. En caso de acogerse el deducido, debe celebrarse un nuevo juicio en la menor de las veces(24), o dictarse la sentencia de reemplazo una vez invalidada que sea aquella que se impugna por esta vía.

Se trata de un recurso de derecho estricto que a nuestro juicio que lleva a una mejor decisión que el recurso de apelación, desde que las exigencias para interponerlo son mayores, lo que además, delimita la competencia del tribunal(25). Sin embargo, más importante es que tratándose de un juicio oral en la que la decisión se ha producido bajo inmediación, no resulta coherente el modelo si la revisión de la sentencia en el fondo no se hace en la misma forma, lo que exigiría su rendición ante el tribunal con el mismo requerimiento de la posibilidad de

(21) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 191.

(22) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 253.

(23) Entre las críticas, la presencia de un solo juez para decidir en contraste con el tribunal oral penal que se compone de tres jueces. En rigor, lo que cuenta es el fundamento de la decisión, cuestión esta que no depende del número de jueces, como ocurre en los tribunales colegiados en los que podemos encontrar fallos fundados y otros no.

(24) Cuando se trata de aquellas causales de carácter formales. Es esta otra diferencia con el proceso penal, pues el recurso de nulidad en esa sede lleva a la invalidación del juicio y a la celebración de uno nuevo.

(25) Sin perjuicio de la facultad del tribunal de nulidad de invalidar de oficio bajo ciertas causales.

intervención del tribunal, retrocediéndose entonces en todo el tiempo que se avanzó en el juicio oral.

Interesa el recurso de nulidad por cuanto con la dictación de la sentencia definitiva, se ha producido el término del juicio, de modo que lo que ha podido corresponder en caso de impugnación de la sentencia o del proceso. Entonces los hechos que han quedad establecidos, en principio, no son revisables atendida la imposibilidad de volver a producir la prueba; sin embargo, la causal de la letra b) y aquella otra de la letra e) del artículo 478 del CdT, llevan a la revisión de los mismos cuando el tribunal ha infringido las reglas de la sana crítica, bien cuando la sentencia no ha analizado toda la prueba, en concordancia con el requisito de la sentencia establecido en el numeral 4 del artículo 459.

Atendida la dispersión jurisprudencial que se puede producir con las sentencias de nulidad dictadas por las cortes de apelaciones a lo largo del país, es que existe un recurso extraordinario ante la Corte Suprema que tiene por objeto la unificación de la jurisprudencia, cuando se ha dictado sentencia contradictoria con otra de los tribunales superiores, en la misma materia objeto del derecho, que se discute en juicio(26).

Ello ha permitido unificar la jurisprudencia den diversas materias en las que existía doctrina encontrada, muchas veces, con un cambio de doctrina que aunque no constituye precedente, lleva naturalmente a que los tribunales inferiores, dentro de la independencia del juez, sigan las doctrinas dominantes, aunque no siempre.

Es el caso de los cambios habidos recientemente en la composición de la Sala Cuarta de la Corte Suprema, que ha modificado doctrinas que habían permanecido estables unos ocho o nueve años, y que ciertamente provocan la reacción de aquellos que se beneficiaban de su contenido y por la otra parte, la recepción de sus postulados por largo tiempo postergados(27). Como sucede cada vez que ello acontece, surge la crítica inmediata y las propuestas de modificación del régimen recursivo o al menos, del aplicable a los cambios en la doctrina judicial.

(26) A diferencia del recurso de nulidad cuya admisibilidad es laxa en las cortes de apelaciones, por la misma jurisprudencia de la Corte Suprema a través del recurso de queja cuando se las ha denegado, la admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia es estricta, debiendo acompañarse las sentencia en que se apoya, y debe además recaer en la misma materia objeto del derecho, idéntica situación fáctica, y además, debe ser fundado y cumpliendo el requisito de proponibilidad.

(27) Entre las materias que han sido objeto de modificación y que revelan una mayor comprensión del contenido de tutela de las normas de Derecho Laboral se encuentran las referidas a permisos sindicales y reemplazo en la huelga, la aplicación de la tutela de derechos al Sector Público, la definición de la última remuneración a efectos indemnizatorios y la responsabilidad directa del dueño de la obra y el régimen de responsabilidad aplicable en la subcontratación.

Ello también da en otros sistemas recursivos. Ha sido en el Derecho Laboral Procesal chileno una experiencia ya conocida, a través de los fallos de la misma corte en sede de casación en el fondo, que se aplicaba hasta entrada en vigencia de la reforma, en casos relevantes, como los referidos a la subcontratación y que, según la composición de la sala –durante los años noventa y mediados de la siguiente década– oscilaba entre acoger o denegar las indemnizaciones por término de contrato del responsable subsidiario.

Ambos recursos contienen exigencias adicionales tanto a los litigantes como a los jueces de los tribunales superiores, elevando los estándares argumentativos y coherencia propositiva, lo que lleva a que se planteen críticas referidas tanto a la redacción de los recursos como de las sentencias. Sin embargo, es posible concluir en perspectiva jurídica que la calidad de la decisión judicial y, en consecuencia, de la probabilidad de la decisión racional ha aumentado bajo el modelo judicial cognoscitivo de los hechos, satisfaciendo de este modo el imperativo de aplicación de tutela efectiva del derecho reclamado.

EL DESEMPLEO JUVENIL EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿UNA ADVERTENCIA A EUROPA (CONTINENTAL) PARA REFUNDAR EL DERECHO DEL TRABAJO?[1]

MICHELE TIRABOSCHI[2]

I. POSICIÓN DEL PROBLEMA

Los responsables políticos, actores sociales y la opinión pública están siguiendo con atención y creciente preocupación el grave empeoramiento del desempleo juvenil. En Europa, más que cualquier otro lugar. Todas las principales instituciones internacionales –fundamentadas, en esto, de los análisis de los expertos del mercado del trabajo– parecen confirmar por otra parte, como los jóvenes han sido el grupo más golpeado de la "gran crisis" que inició en el 2007 con el colapso de los mercados financieros. Como es del todo natural, en una temporada de recesión persistente y grandes sacrificios exigidos a los trabajadores, que aprensiones y esperanzas se concentren en el futuro y, consecuentemente, en el destino (incluido el empleo) de las generaciones más jóvenes.

Desde hace tiempo se sabe, en efecto, como el concepto de desempleo se haya convertido cada vez menos apropiado para describir los diversos aspectos críticos de la relación entre jóvenes y trabajo. Igualmente importantes, aunque frecuentemente debatidos y mayormente controvertidos, son de hecho, otros fenómenos, los que golpean fundamentalmente los jóvenes en la difícil transición de la escuela al trabajo. Inactividad, precariedad y bajos salarios *in primis*.

(1) Traducido por Maria Alejandra Chacón Ospina y Ailed Labrada Sosa.

(2) Profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Universidad de los Estudios de Módena y Reggio Emilia.

Sin embargo la desocupación sigue siendo todavía hoy, uno de los principales indicadores que pueden decir en términos esenciales e inmediatos, incluso para los que no son expertos, la posición de particular vulnerabilidad de los jóvenes en el mercado del trabajo. Un dato estructural en la mayoría de los países (industrializados o no) y que sin dudas remonta, datos en la mano, a mucho antes de la crisis económica y financiaría de los últimos años. Al punto que no se ha dudado en hablar, entre los expertos en materia, de un déjà vu.

La preocupación por las altas tasas de desempleo no es, por lo tanto, una verdadera novedad. Lo que sí es definitivamente nuevo, al menos respecto al debate público y a la comparación político-institucional del reciente pasado, es más bien el tono de énfasis con el cual el tema (del futuro) de los jóvenes viene ahora "utilizado", sobretodo en Europa, para justificar, –o quizás también para imponer, bajo la dirección de las instituciones centrales, a Estados-Naciones sometidos a relevantes limitaciones de soberanía– un impresionante proceso de reforma y desregulación del mercado del trabajo.

Serían entonces las normas del derecho del mercado del trabajo y, en particular, los elevados niveles de protección con respecto a la terminación de la relación de trabajo las que explicarían los altos niveles del desempleo de los jóvenes y el constante incremento del uso, por parte de las empresas, de formas de trabajos atípicas y temporales.

Hasta aquí nada nuevo bajo el sol, salvo que –en una época de excepcional crisis y continua recesión– a los padres ahora se les pidiera hacer sacrificios "aceptables" aunque no con fines para sí mismos, sino útiles y necesarios para garantizar un futuro ocupacional a sus hijos. De modo que la "gran crisis" ha actuado como un verdadero catalizador para aquellos procesos de reforma y liberalización de los mercados del trabajo desde tiempos auspiciados, al menos por muchos, sin todavía haber sido llevados a cabo por la falta de un adecuado consenso político y sobre todo social.

Especialmente emblemática, en esta perspectiva, es una entrevista al Wall Street Journal del Presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, que justo en nombre del futuro de las jóvenes generaciones ha puesto en discusión, en medio de la crisis internacional, la persistente sostenibilidad del llamado "modelo social europeo" solicitando, consecuentemente, una reforma obligatoria de los derechos laborales nacionales en Europa, demasiado desequilibrados, en la actual recesión, a favor de los *insiders*, es decir, de los adultos.

Y así ha sucedido en muchos países europeos, entre el 2008 y el 2012, a través de medidas legislativas impopulares, en términos de reducción de las tasas de protección del Derecho del Trabajo, las cuales han sido presentadas a una opinión pública cada vez más desorientada e indefensa en términos de sacrificios ineludibles, en el actual contexto macroeconómico, para poder proporcionar un futuro laboral y de pensiones (también) a las más jóvenes generaciones.

La tendencia no es solo europea si es cierto que, en el mismo lapso de tiempo, 40 de los 131 países que se adhieren a la OIT han reducido los niveles de protección del trabajo estándar. El fenómeno se presenta, sin embargo, especialmente relevante en las economías avanzadas y, en particular, en la Europa centromeridional donde el 83 % de las reformas para contener la crisis ha afectado efectivamente los niveles de protección del Derecho Laboral y, en particular, las disciplinas legislativas relativas a los despidos por razones económicas.

El objetivo del presente trabajo es evaluar si, en un contexto de drástico empeoramiento de los fundamentos económicos y de escasez de los recursos públicos para subsidios, políticas de *job creation* e incentivos al empleo, la desregulación de los actuales marcos legales de la legislación laboral en Europa y, en particular, de las disciplinas de protección contra el despido ilícito, puedan realmente representar una (si no la única) respuesta plausible para contrarrestar el fenómeno del desempleo juvenil.

II. DESEMPLEO JUVENIL: LAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS OFRECIDAS AL JURISTA DEL TRABAJO DESDE UN ESTUDIO COMPARATIVO

Sin duda es intuitivo el hecho que niveles elevados de protección ofrecidos a los *insiders* puedan desalentar o discriminar a los *outsiders* del mercado de trabajo y, por lo tanto, a los jóvenes. En esta perspectiva se ha movido, ya a finales del siglo pasado, la OCDE con la publicación del celebre Jobs Study. Varios estudios sucesivos, sin embargo, han puesto en duda la relevancia de los niveles de protección del Derecho del Trabajo en sí mismos considerados en relación con las tasas generales de desempleo y desempleo de los jóvenes en particular.

Existen, de hecho, pocos elementos que confirman que las condiciones de empleo de los jóvenes sean mejores en los países con un mercado laboral desregulado o, por lo menos, flexible. Mientras no pocos estudios sugieren, por el

contrario, cómo los niveles de protección del trabajo han favorecido y no empeorado, al menos en una perspectiva de medio periodo, las condiciones de empleo de los jóvenes durante la "gran crisis".

Por otra parte es igualmente evidente que, en un mercado laboral largamente desregulado en la entrada y en la salida, los jóvenes pueden sentirse del mismo modo desanimados o penalizados, respecto a los adultos, por falta de experiencia o fuertes redes de relaciones sociales en la búsqueda de una ocupación, menor productividad, carencia de competencias o perfiles profesionales inadecuados, competencia por parte de los trabajadores migrantes disponibles a puestos de trabajo o a condiciones contractuales considerados inaceptables o perjudiciales para la población autóctona.

Un jurista del trabajo, como lo es quien escribe, no dispone de herramientas técnicas y conceptuales suficientes para entrar en el mérito de una discusión, que además sigue abierta entre los economistas laborales, sobre los efectos del cuadro normativo de organización y disciplina del mercado de trabajo. Fuerte del exacto (o, al menos, mejor) conocimiento del cuadro normativo e institucional de referencia, el jurista del trabajo puede ofrecer a los economistas una interpretación diferente del posible impacto de los niveles de protección del empleo en las tasas de desempleo de los jóvenes.

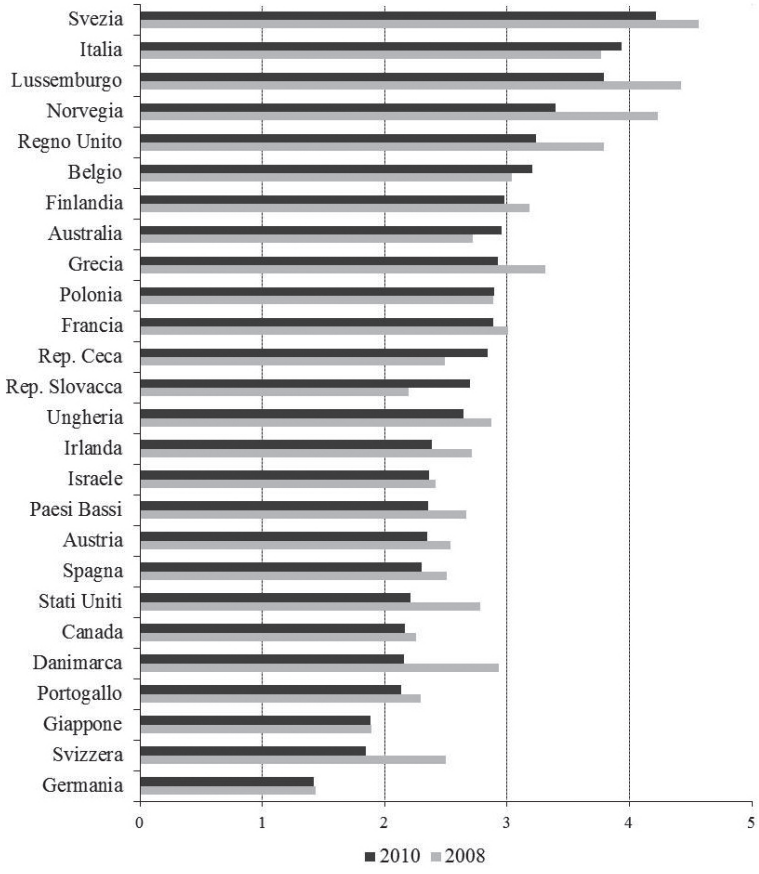
Que este sea, después de todo, el verdadero desafío de acoger, lo indica, desde al menos una década, una institución de prestigio como la OIT cuando señala que los indicadores hoy disponibles sean perfectamente en grado de proporcionar un cuadro informativo analítico y detallado acerca de la exacta condición de los jóvenes en los mercados de trabajo de las diferentes regiones del mundo. Por lo tanto, siempre según la opinión de la OIT, el verdadero punto crítico parece más bien "la forma de mejorar tales condiciones de empleo haciendo uso de los numerosos indicadores existentes".

Pues, aquellos que para un economista laboral pueden ser simples datos de hechos empíricamente observables –si no incluso los puntos de finales de su investigación– para un jurista del trabajo, pueden sin embargo convertirse, al menos allá donde se adopta una perspectiva de estudio comparado, puntos de reflexión útiles para evaluar con mayor precisión el funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo y, en particular, el impacto de los niveles de protección del trabajo sobre el desempleo juvenil.

Analizando desde una perspectiva comparada los principales indicadores del mercado del trabajo –antes y después de la "gran crisis"– golpea, en primer

lugar, la diferente ratio presente en un mismo país entre el desempleo de los jóvenes y el de los adultos (véase el gráfico 1).

Gráfico 1 - Tasa relativa de desempleo juvenil (2008 y 2010)



Nota: La tasa relativa de desempleo juvenil es la relación entre el desempleo de los jóvenes (15-24 años) y de los adultos (25-64 años). Fuente: elaboración sobre datos del OCDE.

Para un jurista del trabajo golpea, en particular, el hecho de que en algunos países el desempleo juvenil sea sustancialmente en línea con el de los adultos (Alemania, Suiza), y que en otros países –elevado o contenido poco importa– el desempleo juvenil sea aproximadamente el doble (Portugal, Dinamarca, España, Estados Unidos) y en otros el triple o más respecto al de los adultos (Italia, Grecia, Reino Unido, Suecia).

Una representación "geográfica" de las diferentes tasas de desempleo de los jóvenes permite de hecho afirmar, de forma intuitiva y en línea de una primera aproximación, que el desempleo juvenil no es un problema, o no es un problema específico, en los países (ordenamientos diría el jurista) que hacen uso extensivo del aprendizaje no tanto en términos de contrato de trabajo "temporal", sino como herramienta de colocación en la perspectiva de una mayor y mejor integración entre el sistema educativo de instrucción y formación y mercado laboral (veáse el gráfico 2).

Lo mismo se puede decir con referencia al problema de la inactividad, es decir, del fenómeno de los llamados NEET (not in employment, education or training), que es menos grave en los países donde es arraigado el aprendizaje como instrumento para la adquisición de un título de estudio del sistema educativo secundario (veáse el gráfico 3).

No solo. Los países que registran el mejor rendimiento en materia de empelo juvenil como Austria y Alemania, conocen, al mismo tiempo, algunos de los más altos niveles de protección del trabajo y, en particular, de protección contra los despidos improcedentes (veáse el gráfico 4). Mientras que es verdad que los países con una legislación más liberal con relación al despido, como Dinamarca, Reino Unido y Estados Unidos, registran elevadas tasas de desempleo de los jóvenes. Ciertamente no estamos en los niveles de los peores países europeos, como Francia, Italia y España, pero aún así es el doble de lo que se registra en los países con mejores resultados.

La que es una simple observación empírica parece, por lo tanto, fortalecer las convicciones de quienes piensan que las principales barreras en la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo no residan tanto en el marco regulatorio de referencia sino más bien en los caminos de la transición de la escuela al trabajo y, particularmente, en la ausencia o debilidad de los instrumentos de encuentro entre demanda y oferta de trabajo.

Gráfico 2 - Tasa de desempleo juvenil (2010)

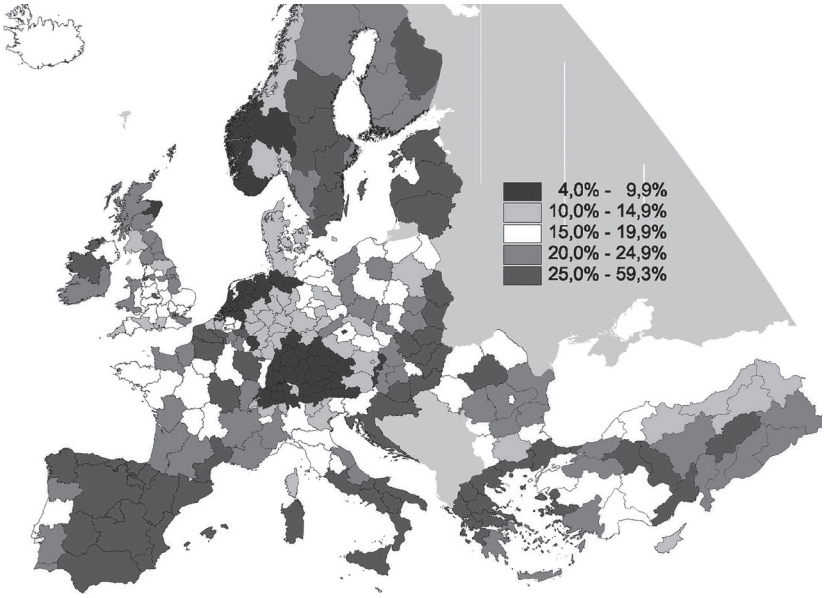
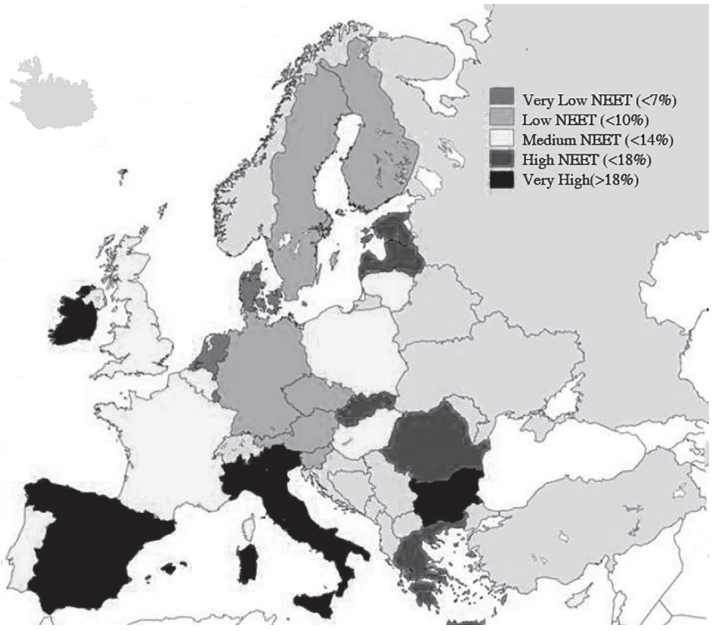


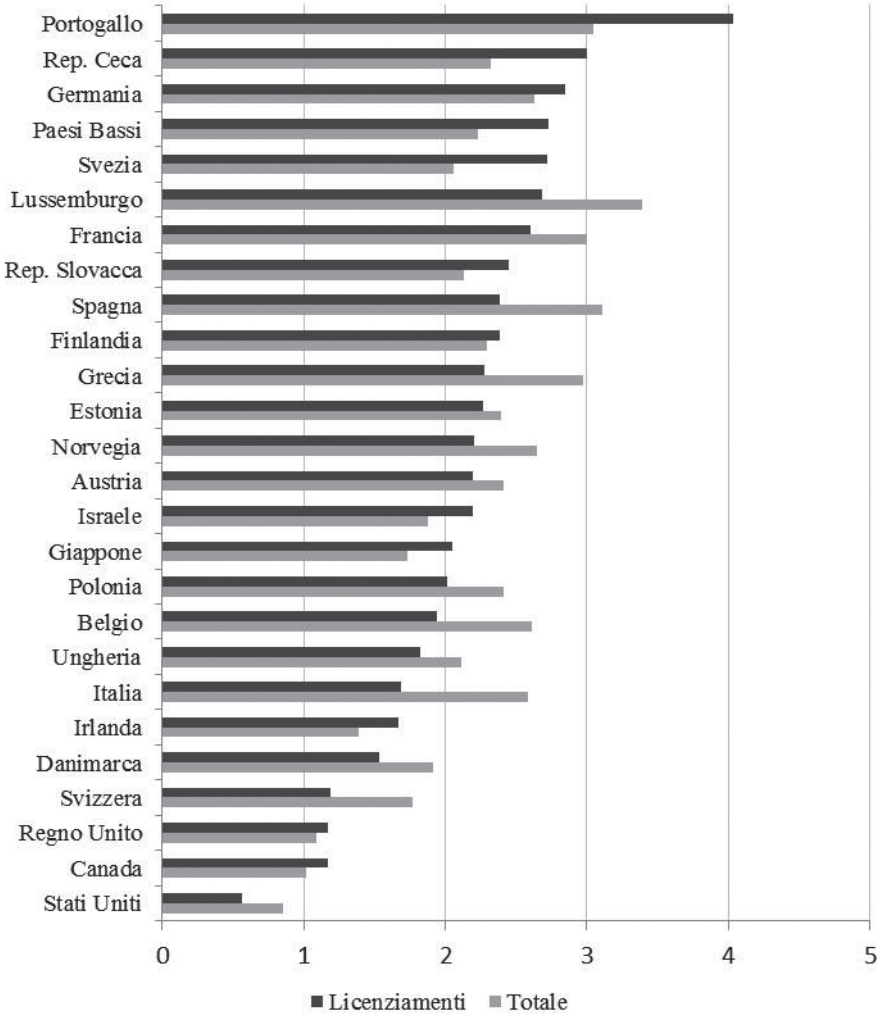
Gráfico 3 - Tasa de los NEET (2010)



Fuente para los gráficos 2 y 3: Eurostat.

Un encuentro pensado, por supuesto, no solo y no tanto, en términos estadísticos, y en función de la única presencia de servicios más o menos confiables (públicos o privados) para el trabajo, sino más bien con relación a la construcción de caminos educativos coherentes, en términos de formación y competencia, con las exigencias actuales y futuras, en términos de requisitos profesionales, del mercado del trabajo.

Gráfico 4 - Índice de protección del trabajo total y en contra de los despidos individuales (2008)



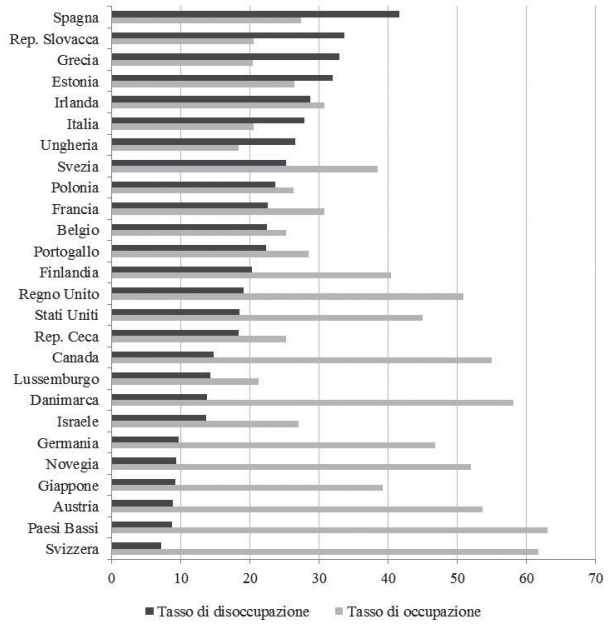
Fuente: elaboración con datos de OECD.

III. FLEXISEGURIDAD Y APRENDIZAJE: LOS LÍMITES DE LA PROPUESTA DEL LLAMADO "CONTRATO ÚNICO"

También los países de la llamada flexiseguridad, fuertemente promovida por las instituciones comunitarias, registran datos tendencialmente positivos en materia de ocupación juvenil (véase gráfico 5), con altas tasas de ocupación y bajas tasas de desocupación.

Circunstancia, esta, que ha llevado a muchos observadores a prever, incluso para los países de Europa Central y del Sur –primero en Francia y a continuación en Italia y España– la sugerencia del llamado "contrato único" es decir, la adopción por vía legislativa de un esquema contractual, como dicho, único, o sin embargo predominante, de trabajo subordinado a tiempo indeterminado fuertemente facilitado, en términos de protección contra los despidos injustificados, pero bien equilibrado, por el lado de la protección (ya no en el contrato) en el mercado del trabajo, por un generoso sistema universal de amortiguadores sociales en grado de acompañar al trabajador en las inevitables y siempre más frecuentes transiciones ocupacionales.

Gráfico 5 - Tasas de ocupación y desocupación juvenil (2010)



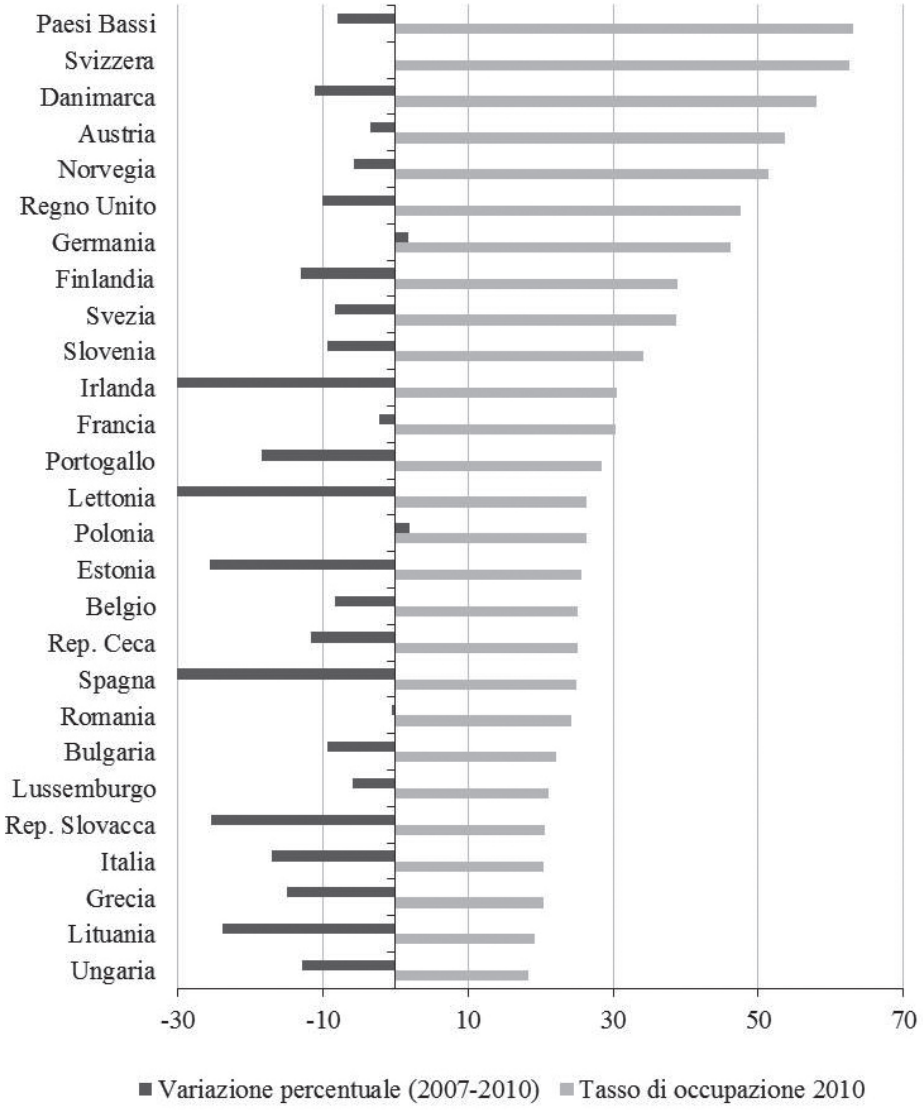
Fuente: elaboración con datos de OECD.

La sugerencia –y los límites– de la propuesta del contrato único, radica acá: en la irrazonable convicción –que ninguno se ha atrevido a avanzar, ni siquiera en un época como aquella fordista caracterizada, como es sabido, por modelos de producción y organización del trabajo tendencialmente estandarizados– de poder contrarrestar el dualismo de los mercados de trabajo de Europa, enjaulando dentro de un único y rígido esquema contractual la multiforme y siempre más diversificada realidad de los modernos modos de trabajar y producir. Prohibiendo, consecuentemente, las formas de trabajo autónomo y coordinado, aunque auténticas. Comprimiendo en una rígida casuística las hipótesis de uso legítimo del trabajo a término, prohibiéndolo también allá donde exista una plausible razón técnica, organizativa o productiva. Negando el valor formativo y educativo del trabajo a través de los contratos de ingreso incentivados para los grupos desfavorecidos y el contrato de aprendizaje para los jóvenes que, en el ámbito de todos los principales proyectos de reforma adelantados, han sido drásticamente eliminados a favor de una flexibilidad pura y mal equilibrada por una simple monetización de la plena libertad de despido.

Una solución de este tipo perjudicaría, de hecho, no solo el sistema de la empresa, sino incluso antes, a los mismos trabajadores. A partir propio de los jóvenes y de los muchos trabajadores excluidos del mercado de trabajo que, muy plausiblemente, se habrían convertido en víctimas sacrificiales predestinadas no más al trabajo "precario" sino al trabajo "negro" y a la economía sumergida. Porque se les impediría no solo los *stage*, los contratos de formación y las colaboraciones a proyecto, sino también, al menos en los primeros años de contratación a la dependencia de un mismo empleador o comitente, todos los regímenes de protección para la estabilidad del empleo.

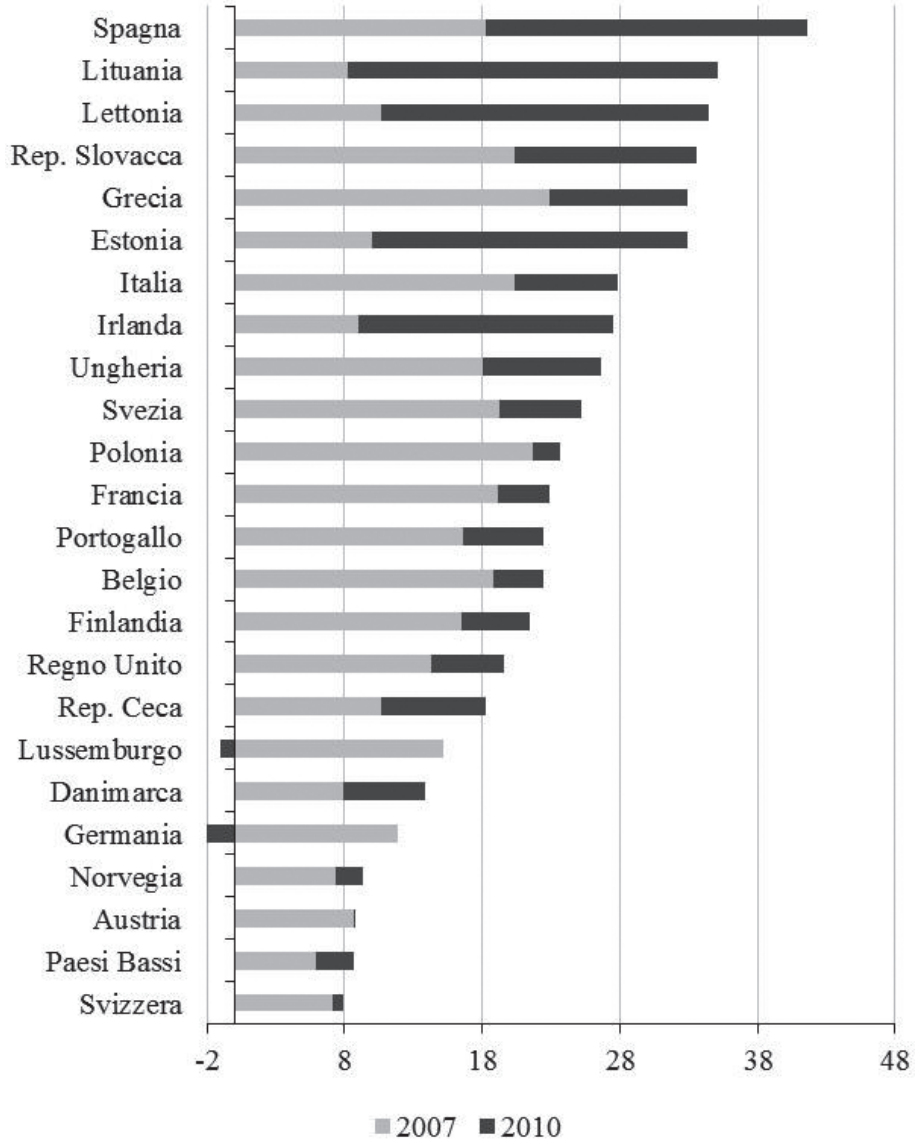
Esto explica por qué la propuesta del "contrato único" ha sido pronto abandonada en todos los países en donde se había propuesto ser sustituida, al menos en Francia e Italia, por una reforma significativa del contrato de aprendizaje y de los esquemas (contractuales y no contractuales) de primera inserción en el mercado de trabajo a partir de las pasantías formativas y de orientación. Una solución de buen sentido común, porque se centra en la necesidad de reducir el desequilibrio cada vez más marcado entre la oferta y la demanda de trabajo. Una solución sufragada, en nuestra opinión, también por la circunstancia que los países de la zona del aprendizaje (en el sentido indicado en el § 2) han reaccionado mejor a la crisis registrando no solo una reducción en el empleo significativamente inferior (gráfico 6) sino que, en algunos casos, incluso una disminución de la desocupación (gráfico 7) respecto a los países de la zona de la flexiseguridad que por el contrario se han demostrado más vulnerables en tiempos de recesión.

Gráfico 6 - Tasa de ocupación juvenil (2010) y variaciones porcentuales 2007-2010



Fuente: Elaboración con datos de Eurostat.

Gráfico 7 - Tasa de desempleo juvenil (2007 e 2010)



Fuente: Elaboración con datos de Eurostat.

IV. LAS (PRINCIPALES) DETERMINANTES DE LA DESOCUPACIÓN JUVENIL: EL SISTEMA EDUCATIVO, LA TRANSICIÓN ESCUELA TRABAJO, LAS INSTITUCIONES DEL MERCADO DE TRABAJO, EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

La existencia de un eficiente sistema dual de aprendizaje no puede ser naturalmente la única razón que ayuda a explicar las bajas tasas de desocupación juvenil en países como Alemania (incluso también en Suiza y Austria) y, menos aún, en términos más generales, aquello que ha sido llamado "el milagro del mercado de trabajo alemán durante la gran recesión".

Sin asumir mecánicas relaciones de causalidad, sin embargo, entre las instituciones del mercado de trabajo y las políticas adoptadas en los diferentes países, nos parece posible señalar algunas específicas determinantes de la desocupación juvenil que confirman cuánto parcial y reduccionista sea una intervención meramente reglamentaria para afrontar los problemas de los jóvenes en el mercado de trabajo, donde, en cambio, más eficaz aparece un enfoque de tipo institucional.

Los análisis comparados muestran, en efecto, que decisivas para las tendencias en la desocupación juvenil, no son solo las reglas del mercado de trabajo en términos de contratación y despido presentes en un determinado país, sino otros factores como la calidad del sistema educativo, la presencia de adecuados caminos de integración y/o transición de la escuela al trabajo, la calidad del sistema de relaciones laborales, el funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo.

La tabla 1, que se muestra a continuación, al clasificar algunos países europeos y Estados Unidos en función de la tasa de desocupación de los jóvenes de 15-24 años, ofrece una primera representación sintética (véase el § 5) de los determinantes de una buena o mala condición de empleo para los jóvenes por razón de tres pilares: educación y formación, relaciones laborales y legislación de protección del empleo.

La mirada comparada que ofrece la tabla, constituida sobre la base de indicadores ofrecidos por acreditadas investigaciones o fuentes internacionales, aclara en particular que existen varios ámbitos de intervención prioritarios en materia de empleo juvenil respecto a la sola anunciada necesidad de reformar el mercado de trabajo.

Tabla 1 - Características institucionales y desempleo juvenil en Europa y Estados Unidos (elaboración propia)

Tasso di disoccupazione giovanile 2010		Formazione e transizione scuola-lavoro						Sistema di Relazioni industriali		Legislazione a protezione dell'occupazione	
		Qualità sistema educativo	Apprendistato			Transizione scuola-lavoro					
			Forma di lavoro flessibile	Forma di scuola	Bassa retribuzione, alta formazione	Placement scolastico	Servizi per l'impiego efficienti	Rel. Ind. Cooperative	Flessibilità salariale	Flessibilità in entrata	Flessibilità in uscita
Austria	**9%**	x		x	x	x	x			x	
Olanda	**9%**	x			x	x	x	x	x	x	
Germania	**10%**	x		x	x	x	x	x	x	x	
Danimarca	**14%**	x				x	x	x		x	x
USA	**18%**	x				x	x		x	x	x
UK	**19%**	x	x			x	x	x	x	x	x
Francia	**23%**				x		x			x	
Italia	**28%**		x							x	
Spagna	**42%**		x							x	

Nota: la croce indica come si collocano i vari Paesi rispetto a ciascun indicatore.

Fonti: il benchmarking è stato effettuato facendo riferimento a: 1) The Global Competitiveness Report 2011-2012, World Economic Forum, Geneva, 2011; 2) Eurostat, Methods used for seeking work, 2011; 3) Banca mondiale, Doing Business Report, 2011.

El primer pilar sobre el cual hay que intervenir es el sistema de educación, con especial referencia al perfil de la integración y/o de la transición de la escuela al trabajo. El sistema educativo representa, de hecho, tanto una política útil en tiempo de crisis, como una política estructural, y no es una coincidencia, por lo tanto, que los países con buenas tendencias de empleo para los jóvenes resulten dotados de un sistema de educación y formación de calidad. Como indica la tabla anterior, la mayor calidad percibida respecto a los sistemas de educación y formación es conectada a menores tasas de desocupación juvenil. Para simplificar, la tabla presenta un indicador sintético relativo al concepto general de "calidad del sistema educativo", derivado del Competitiveness Report del World Economic Forum y como resultado de una encuesta destinada a los dirigentes, donde se les preguntó "¿en qué medida el sistema educativo del país satisface las necesidades de una economía competitiva?", donde las respuestas correspondían a una puntuación de 1 (nada) a 7 (muy bien).

Los países con las tasas de desocupación juvenil bajas (color gris claro y medio en la tabla) son también aquellos donde la calidad percibida de los dirigentes de las empresas, en relación con los sistemas educativos del propio país, resulta ser alta. No obstante este indicador sufra de una posible distorsión de tipo subjetivo, puede ser particularmente útil porque proporciona el punto de vista de los actores del mercado de trabajo, haciendo la pregunta no con referencia a la educación que se imparte en sí misma, sino teniendo en consideración la medida en que esta formación satisfaga las necesidades de competencias y las necesidades profesionales que demanda el mercado de trabajo.

Dentro del pilar de la educación y de la transición escuela-trabajo, el aprendizaje tiene un rol fundamental, representando un instrumento cultural y formativo basado en el aprendizaje en el ámbito de trabajo y siendo consagrado por la literatura como uno de los instrumentos más eficaces de transición escuela-trabajo. Sin embargo, no todos los aprendizajes son iguales con relación a la inversión en formación involucrada, ingrediente fundamental para que se pueda hablar de aprendizaje genuino, y no todos tienen la misma capacidad en términos de empleo juvenil, considerando que, si no hay inversión en la formación auténtica por parte de la empresa, lo que queda es el uso de mano de obra a bajo costo. Por esta razón la tabla distingue entre los varios tipos de aprendizaje según el criterio de la presencia (efectiva y no teóricamente prevista por ley) de formación. Más allá de los preceptos de ley existentes respecto a la obligatoriedad de la componente formativa del aprendizaje, de hecho, la realidad del aprendizaje muchas veces es muy alejada del "tipoideal", concretizándose en el uso de mano de obra flexible y de menor costo. El aprendizaje alemán y austriaco, prevé al contrario, una

formación formal de tipo profesional *part time*, anclada en el sistema educativo y formativo, allá donde en Italia y Reino Unido no solo el aprendizaje es prevalentemente un contrato de trabajo "flexible" o "incentivado", sino incluso carente de reales contenidos formativos si es cierto que la cuota de aprendices que reciben formación es inferior al 40 %.

De la misma manera se explica la elección del tercer indicador insertado en la tabla del aprendizaje, en particular el nivel de retribución obtenido por el aprendiz con relación a la retribución de un trabajador especializado. De hecho, es también con el nivel económico de pago acordado al aprendiz que se cuantifica el valor del intercambio en términos de formación, de donde se deriva la observación que más sólida y real es la inversión en la formación involucrada en el contrato de aprendizaje, menos será la retribución en dinero prevista por la contratación colectiva; por el contrario, cuando la formación es descuidada, a los aprendices se les paga casi lo mismo que a un trabajador calificado. No es una coincidencia, como muestra claramente la tabla que sigue, que los aprendices alemanes y austríacos perciban una retribución menor y aprendan más. El método del aprendizaje dual, de hecho, se distingue a partir del propio nombre del pago, que es definido como reembolso (*vergütung*) y no como salario, término en cambio regularmente utilizado en el Reino Unido y en Italia. En Austria y Alemania, los aprendices reciben menos de la mitad de la retribución de un ocupado experto, y así sucede en Holanda y Francia, mientras en Italia tal nivel llega al 80 %.

Tabla 2 - Remuneración de los aprendices como porcentaje de los trabajadores especializados

		Industria	Servicios	Otros sectores	
Reino Unido	2005	46 %	70 %	Del 45 % (peluquerías) al 60 % (comercio)	
Alemania	2007	29 %	34 %	27 %	
Suiza	2004	14 %	17,5 %	18 %	
Irlanda	2009	30 % (I año), 45% (II año), 65 % (III año), 80% (IV año)			
Francia (% salario mínimo)	2010	25% (menores de 19 años), 42 % (20-23 años), 78 % (mayores de 24 años)			
Italia	2010	72 % (2 niveles inferiores)	del 70 % al 80 % (2 niveles inferiores)	Artesanía: del 55 % al 90 %	Construcción: del 60 % al 85 % (en 3 años, + 10 % al año)

Fuente: Adapt, Giovani e lavoro: ripartiamo dall'apprendistato, en www.fareapprendistato.it, 10 mayo 2011.

Además de la utilización correcta de los instrumentos contractuales (y no), un sistema de transición escuela-trabajo eficiente debe poder contar con un sistema de colocación que sepa conectar sinérgicamente el mundo del "saber" y del "saber hacer" –es decir, escuela y empresa– a través de una colaboración constante y sistemática basada en el intercambio continuo de informaciones y en la intermediación entre demanda y oferta de trabajo, así como, en óptica proyectual, explorar las necesidades de formación y de competencia requeridas del mercado y difundirlas en las sedes formativas.

En los países donde el sistema de colocación escolar y universitario es bien arraigado, la relación entre las instituciones formativas y las empresas es, en el recíproco interés, de colaboración, los currículum de los estudiantes así como las ofertas de trabajo de las empresas son de libre acceso en los sitios web de las universidades y en las oficinas de colocación, y las instituciones educativas son participativas y conscientes de las *skills* requeridas del mercado.

Esta sinergia se traduce, en países como Reino Unido y Estados Unidos, en una entrada más fácil de los jóvenes en el mercado de trabajo y en una menor tasa de desocupación de los jóvenes. Oficinas de colocación ineficientes y servicios para el empleo –públicos y privados– inadecuados, hacen más difícil la búsqueda de trabajo para los jóvenes. Tanto es así que, como se mostró en la tabla 1, en los países donde los servicios para el empleo funcionan bien, los jóvenes confían más en estos para la búsqueda de un empleo, haciendo más eficiente la propia búsqueda e incrementando la probabilidad de encontrar un empleo. Los datos Eurostat muestran, al contrario, cómo los países caracterizados por mayor desempleo son también aquellos donde los jóvenes confían menos en los servicios y las agencias para el empleo, habituándose a la búsqueda de un empleo a través de canales informales (amigos y red de relaciones) y disponiendo inevitablemente de menos información, sumando a las dificultades tradicionales de ingreso en el mercado del trabajo, las adicionales barreras constituidas de la asimetría informativa.

Este primer pilar, además de constituir una contra-propuesta respecto a la individuación de la reforma del trabajo como una solución única al desempleo juvenil, constituye también un modo para prevenir este problema, sentando las bases para la adquisición de competencias en el mercado, acercando a los jóvenes al mercado de trabajo a través del aprendizaje y otros instrumentos, y creando un vínculo entre las instituciones interesadas.

A la creencia de que reformar el derecho del trabajo no sea la vía principal para reducir la desocupación juvenil, se añade el hecho de que actuar con las políticas y las regulaciones significa intervenir cuando el problema ya se ha presentado

y que, a través de ellas, no es, por lo tanto, posible resolver las dificultades de los jóvenes en el mercado de trabajo a la raíz.

El secundo pilar en grado de ofrecer una contribución constructiva al problema, se encuentra en la calidad del sistema de las relaciones laborales presente en un determinado país. Como se indica en la tabla, dos factores al interno de las relaciones laborales podrían en particular actuar como incentivo a la ocupación juvenil y contribuir a la creación de un mercado de trabajo más inclusivo.

En los países donde las relaciones laborales son más cooperativas, donde la negociación colectiva es descentralizada, donde la determinación de la retribución se lleva a cabo de una manera flexible, se puede desarrollar un ambiente productivo más eficiente y se pueden abrir espacios para la ocupación de los jóvenes. Al contrario allá donde las partes sociales no operan de una manera cooperativa y donde el sistema contractual sea altamente centralizado, la voz de los *insiders*, de los adultos con trabajo estable y, en general, de aquellos que ya están en el mercado de trabajo, prevalece sobre la de los *outsiders* y por sobre quien, encontrándose fuera del mercado de trabajo, sea desocupado o inactivo.

Entre los indicadores de las relaciones laborales es importante considerar una medida del grado de cooperación de las mismas, así como aquella referente al grado de flexibilidad en la determinación del salario. Ambos indicadores se toman del Competitiveness Report con el propósito, una vez más, de mirar el real funcionamiento de las relaciones laborales en lugar de la situación teórica prevista por las leyes y contratos. La clasificación del World Economic Forum, junto a la observación de las tasas de desocupación juvenil, parece no contradecir la intuición que la existencia de relaciones laborales cooperativas y de mecanismos de determinación del salario flexible, puedan contribuir a construir un ambiente productivo más inclusivo.

El debate europeo, sin embargo, se está alejando de la concertación, en dirección a la casi unánime individuación de la legislación en materia de protección de la ocupación como la principal razón de la alta desocupación juvenil. Como se señaló anteriormente, la literatura económica del trabajo no se ha pronunciado de una forma tanto unánime sobre los efectos de los sistemas de protección del empleo frente a la desocupación, produciendo al contrario solo un consenso unánime sobre el hecho de que estos efectos son ambiguos. La tabla 1 muestra, en este sentido, que la mayor flexibilidad en salida percibida por parte de los operadores del mercado de trabajo no se combina con la observación de más bajas tasas de desocupación juvenil ya que, como se sabe, Austria, Holanda y Alemania no tienen la facilidad de interrupción de las relaciones de trabajo que existen en

cambio en los países de la flexiseguridad y en aquellos más cercanos a una economía de libre mercado, a pesar de tener tasas de desocupación juvenil más bajas.

V. PERSPECTIVAS PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA

Todos los principales estudios económicos sobre la materia están de acuerdo en considerar que un rol central en las políticas de apoyo a la ocupación juvenil sea representado por la demanda agregada. Permanecen centrales, por lo tanto, en contraste a la desocupación y a la desocupación de los jóvenes en particular, las políticas macroeconómicas (fiscales y monetarias) y sectoriales. Asume un papel determinante hoy en día, y aún más en perspectiva, el factor demográfico, tanto para la resistencia de los sistemas de pensiones y del *welfare*, como para el impacto en las dinámicas del mercado de trabajo y en los modelos de organización de empresa.

Con esta contribución se ha querido destacar, por el contrario, el papel marginal de las reformas de liberalización del mercado de trabajo, allá donde más importantes aparecen, al menos para la ocupación juvenil, factores institucionales, tales como la calidad del sistema educativo, el recurso al aprendizaje "escolástico", la eficiencia y la calidad del sistema de relaciones laborales y, más en general, de las instituciones del mercado de trabajo. Se abre, por lo tanto, el espacio para una nueva línea de investigación, un *cross-sectoral approach*, que verifique la hipótesis discutida en el párrafo anterior y se concentre en clave interdisciplinaria sobre aquellos que hemos llamado los factores determinantes de la ocupación juvenil y de las problemáticas relacionadas que, para quien es consciente de la complejidad de la materia, no pueden ser por cierto abordadas y resueltas con la sola pluma del legislador.

LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS LABORALES EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO[1]

"La eficacia de la nueva justicia laboral tiene como pilares a la oralidad y la tecnología"

Mario Pasco Cosmópolis

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU[2] [3]

Ha pasado un año desde que Pepe y su abogado presentaron la demanda de pago de beneficios sociales. El panorama pintaba más atractivo, le dijeron que la nueva ley procesal que se le aplicaría era más efectiva y le ahorraría muchos años de espera judicial para obtener los derechos que le correspondían. Hoy Pepe recibió la buena noticia, le habían dado la razón en dos instancias y no había procedido ningún recurso más, todo estaba consumado. ¿Y su dinero? No, para eso aún tenía que esperar un poco más. ¿Cuánto? Quizá medio año, un año, año y medio. ¿Ganó el derecho a esperar?

La Ley Nº 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) fue publicada el 15 de enero de 2010 y progresivamente está entrando en vigencia en

(1) El profesor Mario Pasco Cosmópolis contribuyó a la difusión del Derecho Laboral peruano en el exterior (ha sido el profesor que más ha participado en eventos internacionales); fue un excelente orador y casi escribió de todas las instituciones del Derecho Laboral además de haber sido un incansable laboralista. Este artículo se ha preparado en el ánimo de reconocer su enorme contribución al derecho laboral.

(2) Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad del Pacífico y Universidad de Pirua. Codirector de *Soluciones Laborales*. Socio de Miranda & Amado, Abogados.

(3) Agradezco a la señorita Katy Noriega Góngora por su invalorable participación en la preparación de este artículo, destacada Adjunta de Docencia de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

los distritos judiciales del país, reemplazando a su predecesora, la Ley Nº 26636 - Ley Procesal del Trabajo (en adelante, LPT), ofreciendo un cambio de paradigma sobre el **cómo** se llevaría a cabo el proceso laboral.

Así, este se presentaba no solo como un instrumento de coerción frente a incumplimientos de la ley, sino como un **brazo aplicativo de la norma sustantiva**(4), es decir, acogiendo la esencia protectora propia del sistema laboral(5) en aras de alcanzar la verdad real. Esta finalidad fue evidentemente perseguida por la norma anterior, sin embargo algo debía cambiar para alcanzarse. Era necesario asegurar la eficaz aplicación de la ley garantizando su goce efectivo, siendo determinante que la propia norma procesal no sea la que lo dificulte.

Los problemas estructurales de la LPT: las limitaciones de acceso a la justicia, el excesivo formalismo, la dilación irrazonable, la abundante carga judicial, la inflexibilidad del proceso, la lucha prolongada para la ejecución de los fallos, eran karmas tan severos que parecían ser insuperables. ¿Quién querría enfrentarse a su empleador por cuatro o cinco años (o más), sin un manejo pleno de las pruebas que acrediten su dicho, en un juicio laboral que podía costarle el empleo, o con la posibilidad de obtener un resultado que podía tardar aún más en materializarse?

La NLPT institucionalizó una nueva forma de concebir al proceso: concentrado y oral, abandonando el sistema escrito y desconcentrado que regulaba la norma anterior.

El presente artículo no busca acoplarse a la larga lista de estudios comparativos desarrollados para reconocer las bondades del proceso con la NLPT, respecto de la LPT. Pretendemos asumir la misión de realizar un análisis crítico de dichas mejoras, midiéndolas sobre los resultados concretos que a nivel de eficacia de las sentencias laborales se han alcanzado, con la sola intención de encontrar oportunidades de mejora para contar con un proceso realmente eficiente.

Como resulta evidente, la sentencia es solo la manifestación final de los esfuerzos propios del proceso en el que se circunscribe, razón por la que será inevitable realizar un análisis del transcurso del mismo para intentar identificar las principales oportunidades de mejora en el diseño del proceso, que puedan repercutir en el resultado.

(4) VINATEA, Luis y TOYAMA, Jorge. "Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 10.

(5) Para muestra tenemos figuras como la presunción de laboralidad que, a diferencia de la LPT en la que debían probarse los tres elementos de la relación laboral (prestación personal, remunerada y subordinada), en la NLPT solo se exige al trabajador demostrar la prestación personal, colocando en la parte que tiene mayor manejo de la información, la tarea de demostrar la existencia de un vínculo distinto del laboral.

I. ALGUNOS CONCEPTOS IMPORTANTES

Por tratarse de un estudio que analiza temas fundamentalmente procesales, procuramos dejar claramente sentados los conceptos y términos en los que nos manejamos, al margen de la existencia de controversia a nivel doctrinario o jurisprudencial.

Para comenzar, haremos referencia a términos de **validez** y **eficacia** de las sentencias. Cuando hablemos del primero de ellos, entenderemos que una sentencia goza de esta cualidad al ser emitida en cumplimiento de todas las exigencias constitucionales y legales con relación al fondo y forma; mientras que, cuando hablemos del segundo, evaluaremos si la sentencia entendida como ley es, en la realidad, implementada, aplicada y obedecida(6).

En tanto constituye el término central de nuestro estudio, debemos ahondar en este último. La eficacia a la que haremos referencia se medirá en los efectos que se consigan a través de una sentencia respecto de alguien(7). A su vez, dentro de esta, principalmente nos ocuparemos de la **eficacia natural**, que es aquella que afecta a quienes son parte de la relación jurídica, incluyendo a los sucesores posteriores a la demanda judicial. Sin embargo, reconocemos que existe una **eficacia derivada** que somete a todos sin distinción, a respetar y reconocer los efectos de la sentencia(8).

Por otro lado, la eficacia debe ser claramente diferenciada del concepto de **cosa juzgada**. Esta es una condición especial de la sentencia que se alcanza por el transcurso del tiempo así como el cumplimiento de etapas específicas(9) y que la dota de inmutabilidad(10).

Entonces, la diferencia entre una y otra es que la eficacia de la sentencia estará ligada a la declaración de certeza realizada por el juez sobre una cuestión

(6) Sirviéndonos de la referencia utilizada por Carolina Canales en: "Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional.* Nº 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 49.

(7) LIEBMAN, Enrico. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Ediar S.A., Editorial, Argentina, 1959, p. 148.

(8) Esto cobra sentido considerando que, en primer lugar, se trata de derechos reconocidos a uno o algunos de los involucrados y que, adicionalmente, se ejerce como resultado de la potestad soberana de la autoridad que la pronuncia, es decir, el juez, quien es la voz del Estado en el conflicto particular. Por lo tanto, la naturaleza de la sujeción es para todos (partes o terceros) la misma, difiriendo únicamente en la medida de la sujeción que se determina por la relación de cada uno con el objeto decidido.

(9) Cuando se agotan todos los medios impugnatorios o se opta por no usarlos.

(10) Principalmente respecto de las partes y con menor intensidad respecto de terceros. LIEBMAN, Enrico. Ob. cit., p. 159.

dudosa, y se presume ajustada a derecho para ser exigible y materializable; mientras que el carácter de cosa juzgada es más bien un **plus** que dota de irrevocabilidad la declaración de certeza antes señalada. En sencillo, hablamos de los efectos[11] versus una característica de la sentencia.

Lo cierto es que, pese a la distinción antes anotada, para quien ha obtenido una sentencia favorable e inimpugnable, solo la entenderá como **eficaz** cuando sea de exigible cumplimiento, por ende, ejecutable, y esta utilidad se obtiene únicamente gracias al instituto de la cosa juzgada.

Finalmente, solo nos queda describir el último concepto importante, el de **ejecutabilidad** y se encuentra fundamentalmente vinculado a las sentencias de condena. Entenderemos que un fallo es ejecutable siempre que pueda realizarse en la realidad mediante una acción, en exactos o equivalentes términos en los que fue concedido en la sentencia.

II. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS LABORALES

Como todo proceso judicial, el proceso laboral es la herramienta que tienen los ciudadanos para ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y lograr que el juez, a través de la sentencia, encuentre tutela al derecho reclamado[12]. Esta realización de la que hablamos, evidentemente, no se alcanza con un papel que nos diga que tenemos la razón, sino que se siente cuando existe oponibilidad, se tiene el dinero en el bolsillo, al ser repuesto al puesto de trabajo del que se fue desplazado, o cuando se anula una sanción en el legajo personal en la empresa, por dar algunos ejemplos.

Atendiendo a la preocupación de que el proceso funcione adecuadamente y sea eficaz, el legislador propulsó la iniciativa de cambiar radicalmente la estructura y la forma en que se realizaba el mismo. Para fines prácticos, esta reestructuración debía garantizar que (i) se dicte una sentencia acorde a derecho y de forma oportuna, (ii) que se pueda ejecutar y, (iii) que se realice sin mayor demora. Por lo tanto, la pregunta que debemos efectuar para medir la efectividad de las sentencias laborales es si se cumple con todo ello y por qué.

(11) Que pueden ser: un mandato, la declaración de una certeza, o la constitución o modificación de una determinada relación jurídica.

(12) MONTERO, Juan. *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 29.

El proceso mismo: principio de celeridad y derecho de tutela jurisdiccional efectiva

La NLPT se ha caracterizado por la concentración de las principales actuaciones procesales dentro de la audiencia y la oralidad como forma de expresión de lo sostenido por las partes en juicio, además de su fundamentación con base en la enunciación de un amplio listado de principios-características[13] que brindan explicación de los principales cambios estructurales en su diseño.

Por ejemplo, el proceso ordinario laboral que se llevaba a cabo de forma escrita, estructurado alrededor de la demanda, la contestación, la audiencia única y la sentencia, además de una serie de actos dilatorios y diversos[14], presenta una nueva cara. Su actual estructura se limita a dos audiencias centrales, una de conciliación (en la que existe un serio compromiso de las partes por llegar a acuerdos responsables que pongan fin total o parcial al proceso) y otra de juzgamiento (en la que se concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia). Cada una de ellas se encuentra claramente definida y, en ambos casos, sirviéndose de la oralidad como herramienta fundamental[15].

Todos estos cambios explican una de las cualidades más atractivas del nuevo proceso y que repercute directamente en su resultado: la **celeridad**, que no es otra cosa que **la economía del tiempo**[16]. Esta nos ordena la supresión de trámites superfluos o redundantes, de modo que se aminore el trabajo de los operadores judiciales, volviendo más simple el proceso, desde aspectos tan sencillos y básicos como la supresión de las notificaciones físicas, reduciendo las demoras inútiles que se contraponen a la efectividad de la tutela jurisdiccional exigida.

(13) Sin ánimo de ahondar en un debate que cuenta con importantes representantes en cada extremo, nos acoplamos a la posición del profesor Giovanni Priori, que indica que el artículo I de la NLPT, en realidad, contiene características del proceso laboral y no principios procesales, siendo que estos últimos se deducen, realmente, del artículo III del Título Preliminar de la misma norma. PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara Editores, Lima, 2011, p. 37.

(14) Ciertamente no son facultades limitadas: solicita reprogramación de audiencia, solicita ampliación de plazo, solicita uso de la palabra, téngase presente, para mejor resolver, adjunta jurisprudencia relevante, considerar medios probatorios (aunque no sean nuevos ni recién conocidos), y un larguísimo etcétera.

(15) Evidentemente existe un escrito de demanda y contestación y los recursos son también escritos, pero el rol activo del juez y las partes, el soporte tecnológico que permite remontarse a lo actuado en las audiencias, la concentración de actos procesales y la seria limitación a los escritos inútiles e innecesarios, dan una nueva perspectiva.

(16) Priori lo señala como una manifestación del principio de economía procesal. PRIORI, Giovanni. Ob. cit., pp. 43-44.

La interrelación con principios-características como la inmediación[17], oralidad[18], economía procesal y concentración, ya mencionadas, es innegable. Todo ello explica por qué el proceso laboral ha pasado de durar entre cuatro y cinco años en promedio con la LPT a, como se proyectó inicialmente, seis meses con la NLPT por instancia. Esto fue un triunfo, una mejora determinante para cualquier justiciable, la concretización del gran esfuerzo que fue dar a luz a esta nueva norma, pero ¿qué ha pasado a lo largo de los últimos años?

El proceso laboral ha vuelto a dilatarse. Actualmente un proceso que transcurre ambas instancias tiene una duración aproximada de un año a un año y medio (y en algunos casos dos años), y la expectativa es que, con el tiempo, la extensión del proceso siga incrementándose. Más aún, si se toma en consideración que muchos procesos se llevan hasta casación que tiene su propia duración y que, al margen del resultado, supondrá un retraso en el retorno del expediente al juzgado de origen para su ejecución. En suma, hay distritos judiciales donde la demanda ha superado la capacidad jurisdiccional y se aprecia que hay demoras (en algunos casos la citación para la audiencia de conciliaciones de casi un año).

Es más, esta medida recoge el tiempo que transcurre entre la interposición de la demanda y la emisión del fallo final en el caso. No se toma en consideración la demora que existe en la ejecución de lo ordenado en la sentencia respectiva.

Para sorpresa de muchos, debemos informar que la duración de la etapa de ejecución en los casos tramitados bajo la NLPT está siendo en algunas cortes la misma que en los proceso con la LPT, o por lo menos bastante similar. ¿Esto es un fracaso? Consideramos que no.

Si como hemos mencionado la sentencia es el resultado, la conclusión del proceso laboral, y la eficacia es **la ley obedecida y aplicada entre las partes**, entonces la reducción de cualquier plazo en el proceso que genere que una persona pueda recibir lo antes posible el pronunciamiento judicial para ejecutarlo, aporta a la eficacia del proceso, y por ende, de la sentencia.

El rediseño del proceso ha considerado la reducción de plazos y actuaciones innecesarias, la redefinición de competencias y roles, la implementación de medidas alternativas, y el resultado es palpable. Sin embargo, el afán por recortar su duración y garantizar la celeridad antes señalada, no puede atentar contra

(17) Que implica la comunicación directa entre el juez y las partes en los principales actos procesales (admisión y valoración de la prueba, confrontación de posiciones, declaraciones, entre otros).

(18) Es la técnica elegida para transmitir las ideas en juicio para ayudar al juez a informarse mejor sobre los hechos sobre los que tendrá que resolver o las pruebas que tendrá que valorar.

el **principio-derecho de la tutela jurisdiccional efectiva**[19] que incluye al derecho de defensa y el de debida motivación de los fallos judiciales.

Estas obligaciones alcanzan a los momentos previos al dictado de la sentencia, al dictado de la sentencia misma, y a las actuaciones procesales que se asuman para su ejecución. Ello solo afirma el derecho de ambas partes de pronunciarse sobre aquello que afectará su esfera personal y exigir del juez un reconocimiento a las posiciones en juicio, fundamentando el sentido de su pronunciamiento.

III. LAS SOLUCIONES QUE PROMUEVE LA NLPT

Como hemos señalado previamente el análisis de la eficacia de las sentencias judiciales no se limita a la oportunidad en que se emite el fallo y se ejecuta. Se trata de un proceso amplio e indesligable de las actuaciones previas al dictado de la sentencia. En efecto, todo tipo de mejoras al proceso apuntan a garantizar el derecho de las partes y a obtener una sentencia judicial justa y eficaz.

1. Características del nuevo sistema

Ya mencionados previamente, la importancia de explicar el proceso con base en los principios de oralidad y economía procesal[20], supone un cambio en el paradigma del proceso laboral y exigen la readecuación de la actuación de las partes y, principalmente, del juez como director.

Sus manifestaciones múltiples se materializarán en diversos artículos de la NLPT que veremos a continuación.

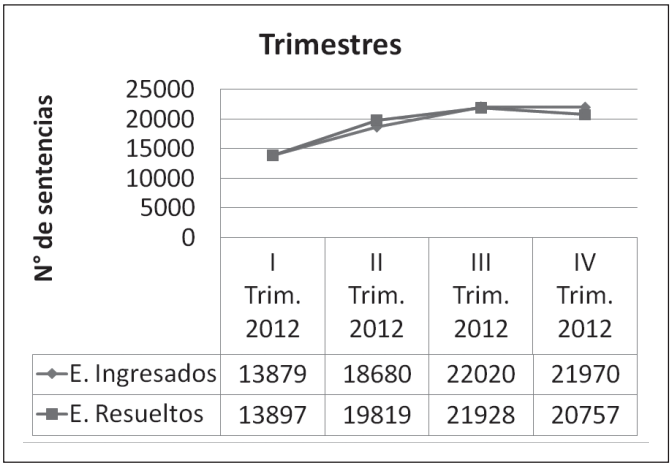
(19) Nos referimos a un derecho recogido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Adicionalmente, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT los consagra. Se refiere a un derecho-principio de contenido complejo por el cual se garantiza a "toda persona a que se le haga justicia", a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas", y que "despliega sus efectos en tres momentos distintos. El primero, en el acceso a la justicia; el segundo, que una vez en el proceso sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y el tercero, una vez dictada sentencia, plena efectividad de sus pronunciamientos. Acorde a la opinión del doctor Giovanni Priori, consideramos que califica como principio procesal que define la esencia de lo que es el proceso (en general) y debe ser aplicado como mandatos de optimización en la ponderación de derechos fundamentales y situaciones jurídicas por el juez laboral. PRIORI, Giovanni. Ob. cit., pp. 27-28.

(20) "Artículo I del Título Preliminar: Principios del proceso laboral.- El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad".

2. Duración

Indiscutiblemente ha existido un cambio en ello. La NLPT ofreció inicialmente seis meses de duración del proceso, transcurridas todas las instancias (sin considerar ejecución). Al margen de que como hemos señalado este se ha ido prolongando, no hay duda de que el plazo en que se resuelven los procesos judiciales es palmariamente menor.

Según las últimas estadísticas oficiales del Poder Judicial, los juzgados no solo han ampliado su capacidad de recepción de nuevos juicios laborales, sino además, su capacidad de respuesta para resolver los casos:



	I Trim. 2012	II Trim. 2012	III Trim. 2012	IV Trim. 2012
E. Ingresados	13879	18680	22020	21970
E. Resueltos	13897	19819	21928	20757

Detalles como el pronunciamiento a toda instancia, inmediato o diferido a 60 minutos, con notificación de fundamentos en máximo cinco días hábiles, o la elevación de expediente a segunda instancia en un plazo reducido, la supresión de las notificaciones físicas, etc. recortan considerablemente tiempos que antes podían ir desde seis meses a un año o más con la LPT.

3. Competencia

Consideramos que la redistribución de competencias es plenamente consciente de una de las principales limitaciones del proceso bajo la LPT: su inaceptable dilación por excesiva carga judicial. Adicionalmente, facilitar las reglas de competencia, esclarecerlas, reduce el alto porcentaje de rechazo de demandas judiciales mal planteadas, así como apelaciones innecesarias que no hacen más que aumentar la carga judicial.

Por mencionar algunos de los cambios más saltantes, tenemos:

a) Cambios en la competencia por territorio

En la LPT, el trabajador que demandaba debía hacerlo en el domicilio principal del empleador o en el centro de trabajo en que se desarrolló la relación laboral. Actualmente, la NLPT establece que la demanda se realiza en el domicilio principal del empleador y además, en el último lugar en que se desarrollaron las labores[21].

Esta particularidad no es insignificante, pues obedece a la conciencia en la nueva dinámica productiva que admite que la relación laboral se pueda realizar en diversos lugares y no necesariamente en un único centro de trabajo.

La precisión realizada es importante a efectos de reducir la duración innecesaria del proceso, pues no deberían existir inconvenientes a la hora de admitir una demanda si, por ejemplo, el trabajador señala como su último lugar de trabajo la empresa a la que fue destacado. Decimos que reduce la duración, porque bajo el diseño anterior, la interpretación literal del juez habría llevado a declarar improcedente la demanda por incompetente, luego el demandante habría apelado para que la Sala Laboral, mucho tiempo después, determine si corresponde o no demandar al domicilio señalado. Esto también reduce la carga judicial pues no tendrían que calificar nuevas demandas rechazadas previamente, ni resolver apelaciones sobre autos que rechazan su interposición.

Otro cambio importante en la competencia por territorio es que la NLPT fija que en caso el empleador sea quien demande, deba hacerlo en el domicilio del demandado. Al margen de que esto ya era una práctica aceptada en el proceso anterior, zanja cualquier duda sobre la competencia y evita las mismas consecuencias señaladas previamente.

b) Cambios en la competencia por materia

Basándose en la cuantía, la NLPT amplía la competencia de los Juzgados de Paz Letrados para que conozcan causas de hasta 50

(21) "Artículo 6: Competencia por territorio.- A elección del demandante es competente el juez del lugar del domicilio principal del demandado o el del último lugar donde se prestaron los servicios".

URP[22], cuando antes solo podían hacerlo hasta 10 URP. La consecuencia inmediata es retirar la carga por la que originalmente respondía el Juzgado Especializado del Trabajo.

Sobre este último, la NLPT fija competencias redactadas de forma más amplia e incorpora la referencia a normas distintas de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), que muchas veces limitaba el espectro de acción de los juzgados laborales. Ello, al igual que en los casos anteriores, permite mayor agilidad en la calificación de demandas, sin necesidad de transcurrir por más de una instancia sobre cuestiones formales que no deberían ocupar el mayor tiempo de resolución de los juzgados y salas.

4. Comparecencia[23]

La nueva norma admite nuevas participaciones en el proceso, lo que en muchos casos es garantía de que el mismo está a disposición de quien reclama un derecho, al margen de formalidades que limitaban su acción.

Por dar algunos ejemplos, se permite la participación de menores de edad sin necesidad de representante legal, poniendo a disposición la defensa legal pública para los menores de catorce años. Asimismo, se admite que los sindicatos actúen en representación de dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial, posibilidad que por mucho tiempo fue debatida en sede judicial a efectos de declarar improcedentes las demandas. Finalmente, existe una identificación especial con las causas de mujeres embarazadas, menores de edad, personas con discapacidad y todo aquel que sea objeto de discriminación en el empleo, reforzando la defensa con participación del Ministerio de Justicia.

Al margen de las razones plausibles en función de las que se adoptó esta decisión, a efectos de la celeridad en el proceso y garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, es sumamente importante el reconocimiento expreso por parte del legislador, lo que evitará interpretaciones tendientes a dilatar el proceso innecesariamente, acercándonos a la imagen de la sentencia eficaz, justa y oportuna.

(22) "Artículo 1: Competencia por materia de los juzgados de paz letrados laborales.- 1. En proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) URP originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios".

(23) Artículos 8, 9 y 10 de la NLPT.

5. Notificaciones

Apelando a la nueva generación tecnológica, el legislador ha optado por reducir considerablemente la duración del proceso retirando los tiempos muertos que se generaban gracias a la notificación por cédula en el domicilio fijado por las partes. Gracias a un sistema de notificación electrónica se ha ofrecido al proceso: (i) reducción de tiempos inútiles, (ii) certeza en la fecha de notificación, (iii) certeza en el contenido notificado, en resumen, mayor transparencia.

6. Actuación probatoria

El nuevo diseño del proceso permite que esta se realice con mayor cercanía al dictado de la sentencia y se registra mediante audio y video lo que permite su verificación más cierta. Esta medida refuerza la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, tanto respecto del derecho de defensa como del de debida motivación de las sentencias. El juez tiene una versión actualizada que le permite adoptar su decisión, y un respaldo electrónico que brinda certeza sobre lo que se dijo, se probó, se negó, etc. A su vez, la grabación de las audiencias probablemente ha generado un mayor interés hacia la conciliación de parte de las empresas.

La eficacia de las sentencias laborales tiene mucho que ver en que el contenido de ellas sea acorde a derecho, es decir, que mientras más se acerque a la verdad real, menos razones tendrán las partes para observar u obstaculizar su eficacia, y cualquiera de las instancias laborales podrá advertir la validez de la sentencia, buscando su pronta ejecutabilidad.

7. Refuerzo de la figura de la conciliación

Para quienes han litigado bajo la LPT es indiscutible que la etapa de conciliación anterior era un mero formalismo que no alcanzaba los resultados pretendidos. Ninguna de las partes iba con intención de conciliar si consideraba más eficiente esperar la duración de un proceso que se dilataría por largo tiempo. A ello se sumaba el rol pasivo del juez quien no debía intervenir en la voluntad de las partes.

El cambio radical que ha dado la NLPT, sobre todo en los primeros meses, se traduce en resultados de hasta 60 % de procesos que concluyen en conciliación en algunos distritos judiciales y, consecuentemente, se satisface el derecho sin recurrir a más instancias. Esto es resultado de la labor del legislador quien le ha dado un tratamiento preferente a la conciliación a diferencia de la LPT, y ha exigido del juez una participación mucho más activa e independiente de las partes. Qué duda cabe que la corta duración del nuevo proceso es un claro desincentivo para quienes preferían ganar los casos por el "cansancio o necesidad del trabajador".

La consecuencia, si equiparamos el acta de conciliación (con los acuerdos en ella contenidos y validados por el juez[24]) con la sentencia misma, resulta evidente pues pone fin al proceso con satisfacción de los intereses demandados y la garantía de un proceso que respeta la ley y los derechos de las partes.

8. Emisión de sentencias anticipadas y temas de puro derecho

El juez se encuentra facultado, sin atentar contra el derecho de defensa de las partes, a emitir un pronunciamiento anticipado cuando haya formado convicción sobre lo decidido o califique la causa como de puro derecho.

Este cambio supera el excesivo formalismo de transitar por dos audiencias preestablecidas aunque sean inútiles, respaldando el criterio del juzgador para poner fin al proceso con la concentración en un único momento.

9. Efectividad de las sentencias - medidas cautelares y recurso de casación

Las medidas cautelares, como herramientas típicas para asegurar un fallo posterior, son utilizadas actualmente con mayor regularidad que con la LPT. La nueva norma ha zanjado la discusión en torno a las medidas cautelares aplicables al proceso, siendo perfectamente ajustables las del Código Procesal Civil o cualquier otro dispositivo legal. Adicionalmente, se ha diseñado la medida especial de reposición provisional que, tal como está diseñada, no deja lugar a dudas sobre su implementación.

Esto, indubitablemente garantiza la eficacia de la pretensión principal, tal y como lo señala la propia norma en el artículo 54[25].

De otro lado, la NLPT establece en el artículo 39 que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias, permitiendo que, de forma excepcional y a pedido de parte, solo en caso de obligaciones de dar suma de dinero, se suspenda la ejecución si previamente se ha depositado lo ordenado al juzgado o se ha emitido una carta fianza.

Esta medida ejemplifica una perfecta confluencia entre el derecho de defensa y el de tutela jurisdiccional efectiva (dentro de él, la necesidad de celeridad). En pocas palabras, el recurso de casación vuelve a tratarse como un recurso excepcional y no meramente dilatorio, además de que se garantiza que la parte

(24) Que se trate de derechos dispositivos, adoptados por quien tiene capacidad de conciliar, con presencia del abogado del demandante.

(25) "Artículo 54: Aspectos generales.- A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de una pretensión principal".

vencedora tenga a disposición el cobro de lo que le corresponde como resultado del proceso tramitado en ambas instancias.

10. Sobre la ejecución de sentencia

Previamente indicamos que la etapa de ejecución de sentencia, en la que el justiciable realmente siente la utilidad de haber interpuesto su demanda, mantenía una duración promedio equivalente a aquella que se manejaba con la LPT. ¿La razón? Nos enfrentamos a una etapa del proceso que no puede reducirse más sin afectar el derecho de defensa de las partes, tal y como explicaremos a continuación.

La norma anterior establecía en la sentencia el monto líquido de la pretensión principal o su forma de cálculo, así como la indicación de la condena o exoneración de costas y costos. La exigibilidad del pago de la obligación principal, los intereses y cualquier otro concepto, se ordenaba y pagaba en la etapa de ejecución de sentencia. Bajo la NLPT, teóricamente la sentencia debería establecer el pago de la obligación principal, los intereses legales y la condena de costas y costos, al margen de que no hubiesen sido demandados.

Este diseño de la sentencia supuestamente reduciría los tiempos de ejecución, sin embargo, ello no sucede de este modo ni podría serlo.

En primer término, el establecimiento de intereses legales no podría fijarse en la oportunidad de la sentencia si se toma en consideración que estos dejan de correr solo en la oportunidad en que se cumple con la obligación principal (pago), lo que evidentemente no sucede en la oportunidad en que se emite la sentencia (en la que solo me indica el monto de la obligación de pagar). Recién en la etapa de ejecución y, una vez conocida la fecha de pago, podrán calcularse los intereses legales que correspondan.

De otro lado, la condena de costas y costos requiere del cumplimiento de determinadas obligaciones para su constatación[26]. Adicionalmente, en aras de garantizar el derecho al que hicimos referencia, debe permitirse a la contraparte objetar la liquidación ofrecida por el vencedor. Esta no es una función que pueda asumir en su integridad el propio juzgado, debiendo garantizar la participación de las partes, quienes incluso podrían presentar una nueva liquidación o solicitar el recálculo.

(26) En concordancia con el artículo 410 del CPC, las costas están conformadas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales del proceso. De otro lado, de acuerdo al artículo 411 del CPC, los costos se fijan sobre los honorarios del abogado más el 5 % al CAL, y para sustentarse debe presentarse el recibo del abogado o del estudio de abogados y los tributos pagados por ese monto.

En consecuencia, la duración de la etapa de ejecución no podría verse más reducida de lo que está debido a que ello podría provocar la indefensión de la parte vencida, en lo que se refiere al cálculo de pago de lo adeudado. A lo mucho el legislador ha acortado el plazo con la notificación electrónica incluso a este nivel, pero no puede retirar ni negar el derecho de las partes so pretexto de propiciar mayor celeridad para la conclusión definitiva del caso.

RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS		
	LPT	**NLPT**
Características del proceso	Formal, eminentemente escrito	Recurrencia a los principios de oralidad y economía procesal
Duración	4 a 5 años	6 meses a 2 años
Competencia por territorio	El W demanda en el domicilio principal del E o en el centro de trabajo en que se desarrolló la relación laboral.	El W demanda en el domicilio principal del E o en el último lugar en que desarrolló sus labores.
Competencia por materia	Juzgados de Paz Letrados conocen causas hasta 10 URP	Juzgados de Paz Letrados conocen causas hasta 50 URP
Comparecencia	El menor de edad debe acudir con representante legal El sindicato solo puede demandar por afiliados con poder especial	El menor de edad puede acudir sin representante legal El sindicato puede demandar por afiliados y trabajadores sin poder especial
Notificaciones	Por cédula	Electrónica
Actuación probatoria	En etapa postulatoria	En audiencia de juzgamiento
Emisión de sentencias anticipadas		Anticipadas sobre el fondo controvertido y/o de puro derecho
Conciliación judicial	Mero formalismo	Real interés por su implementación
Efectividad de las sentencias	Medidas cautelares de la ley Ejecución de las sentencias se produce con fallo final firme	Medidas cautelares ampliamente consideradas Recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias
Ejecución de sentencias de condena	Fija el monto líquido o forma de cálculo de la obligación principal y la condena de costas y costos	Fija el monto de la obligación principal, el pago de intereses legales y determina la condena de costas y costos

IV. SUGERENCIAS PARA FORTALECER LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS

El riesgo de proveer sentencias ineficaces, ya sea porque brinden tutela tarde, mal o nunca, es una preocupación que no debe dejar de ser mapeada en ningún tipo de proceso, al margen de su diseño nuevo o antiguo. Es una preocupación que debe impulsar al legislador, a los operarios judiciales y a toda la sociedad, a ofrecer un proceso que cumpla con las expectativas de ser justo, oportuno y efectivo.

Por lo tanto, la NLPT es una norma que contribuye a mejorar el panorama pero que debe venir acompañada de reglas, escritas o no, que le den vida y aseguren la provisión de la tutela mencionada.

Como ya hemos apuntado, la tendencia en el nuevo proceso laboral, es a la extensión de la duración del juicio. Las razones pueden ser diversas: el bajo presupuesto del Poder Judicial, la incapacidad material de los juzgados, las relaciones difíciles entre los empleadores y sus trabajadores, la falta de cultura de conciliación, la preferencia por el juicio y su no consideración como última instancia, entre otros.

Para hacer frente a ello tenemos que, por un lado, **continuar fortaleciendo la conciliación en los procesos judiciales**, porque como ya hemos indicado, esto reduce la duración del proceso y garantiza la satisfacción de las pretensiones demandadas. Pero esto va un poco más allá. Se trata de educar en conciliación a las partes. Un empleador que aprecia las bondades de la conciliación judicial, porque le han sido claramente explicadas o porque resultó favorable a continuar con la causa judicial, podrá aplicarlo a instancias privadas, reduciendo la tasa de demandas futuras de sus trabajadores. Eso disminuirá la necesidad de actuar audiencias, pruebas y emitir sentencias por vía judicial.

Por otro lado, deberá **mejorarse el servicio de justicia para satisfacer la necesidad de tutela**. Esto aminora costos de dinero y tiempo, genera satisfacción entre los justiciables y sanciona conductas ilegales, sirviendo de escarmiento y desincentivo a la comisión de estos actos. Sin perjuicio de ello, autores como Vinatea reconocen que puede generarse un efecto inverso que supone el aumento de la demanda: **si un servicio prestado se da a bajo costo y me genera satisfacción, es razonable que ante la necesidad vuelvan a utilizarlo**.

Para evitar ello, será indispensable revisar y adaptar permanentemente el proceso judicial, no buscando generar obstáculos en su uso, pero sí para propiciar

mecanismos de solución de menor nivel o a instancias de menor carga[27], que permitan poner fin a la controversia. Un ejemplo de esta revisión es el envío de determinado bloque de procesos a juzgados de menor cuantía para que puedan resolver el caso, sin sacrificar la calidad (porque tienen menos procesos judiciales que los anteriores), pero resolviéndolos a menor nivel. De otro lado, corre por cuenta del Estado incluir otras formas de solución de conflictos ajenas a la judicial (y a las que se apliquen dentro del proceso), tales como los arbitrajes o dentro de la empresa, a través del sistema de relaciones laborales[28].

Ya a nivel de ejecución de sentencias, es decir, al momento en que se debe materializar el fallo, en el que muy probablemente se manifieste más claramente la eficacia podemos considerar algunos ejemplos:

- En casos de sentencias de condena en demandas de obligación de dar suma de dinero, **el juzgado debería contar con un equipo de peritos judiciales que pueda dar pronta respuesta a las liquidaciones ofrecidas por las partes**, a efectos de fijar la suma correcta a pagar. Es cierto que es responsabilidad de quien lo demanda ofrecer una liquidación y también lo es que la contraparte puede presentar la suya para objetar el monto señalado. Sin embargo, consideramos que es vital que el juez se apoye en especialistas contables para validar el cálculo correcto. Solo de este modo se garantizará que en ejecución de sentencia se otorgue justo lo que corresponde a la parte vencedora.

  Por la cantidad de procesos judiciales que exigen este soporte contable, el servicio judicial debería contar con un equipo razonable para absolver la demanda sin generar retrasos innecesarios que perjudiquen los tiempos ganados con las mejoras efectuadas al nuevo proceso.

- En casos de sentencias de condena en demandas de reposición, idealmente **el juez debería convocar a las partes a efectos de que**

(27) Es lo que el autor llama "menú de opciones" con las que cuenta un sistema de justicia para dar solución a los conflictos que se presentan en él. VINATEA, Luis. "Análisis funcional de la ley procesal del trabajo: condicionantes de la eficacia del proceso laboral". En: *Derecho & Sociedad*. Año Nº 12, 2001. Lima, p. 32.

(28) Por ejemplo: a través de un área de recursos humanos fuerte que permita al trabajador transmitir sus inquietudes, mediante el reconocimiento del poder del sindicato como agente de negociación y de respaldo a los intentos individuales de los trabajadores e, inclusive, mediante el establecimiento de figuras de conciliación privada o mediación, como primeros mecanismos de solución, reconocidos incluso en los contratos de trabajo.

> **genere certeza en la ejecución del fallo**, estableciendo la fecha exacta de reposición y las condiciones en que se ejecutará. La experiencia nos permite traer a colación casos en los que las partes no logran ponerse de acuerdo y se dilata injustificablemente la ejecución de lo ordenado, o que inclusive la asistencia del secretario judicial se ve limitada por las diligencias programadas con anterioridad. Asimismo, existen inconvenientes en reposiciones ordenadas sobre un puesto inexistente o de condiciones distintas a las del ingreso, surgiendo inconvenientes a la hora de determinar el puesto equivalente sin reducción de salario ni categoría.

En casos de dificultades para la ejecución inmediata de fallos judiciales, existen **herramientas procesales y no procesales** dispuestas en la ley. Ya hicimos mención a las medidas cautelares que en el formato de la NLPT pueden plantearse incluso antes de la presentación de la demanda. De otro lado, tenemos figuras como el embargo, la preferencia de los créditos laborales sobre las acreencias de toda naturaleza(29), la persecutoriedad de bienes del empleador, entre otros.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar al **procedimiento inspectivo** como una herramienta útil al proceso laboral en sí mismo, aunque no concretamente para la eficacia de las sentencias laborales(30).

V. CONCLUSIONES

Actualmente, los conflictos laborales se solucionan con celeridad en un promedio de duración entre nueve meses y dos años (dos instancias). El procedimiento es simple y de fácil entendimiento, lo que ha vuelto más atractiva la justicia laboral y significa un cambio radical respecto de la norma anterior.

La eficacia de las sentencias debe medirse no solo en el momento de su ejecución, sino en los niveles de conciliación así como la realización del proceso

(29) En virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución y el Decreto Legislativo Nº 856.

(30) Entendemos que no se trata de una vía equivalente a la judicial para la tramitación de denuncias de temas laborales (ya sea por parte del empleador, trabajador o sindicato) por la sencilla razón de que carece de la posibilidad de ejecutar sus propios mandatos de forma autónoma. Adicionalmente, sabemos que la duración del procedimiento inspectivo puede durar entre seis meses y dos años, en promedio, lo que no dista mucho de la duración actual del proceso laboral. Sin embargo, su aporte es fundamentalmente indirecto, pues se utiliza la inspección (la orden inspectiva, el acta de infracción, las resoluciones finales) como una prueba en juicio que podría ser, en algunos casos, determinante para asumir la decisión final del juez.

judicial que ha aportado soluciones útiles a dos de los principales problemas del proceso: el tiempo y la justicia de lo decidido.

Esta eficacia no se alcanza con el dictado de una norma jurídica nueva que establezca un conjunto de reglas que definan un nuevo proceso. Es un inicio formidable el reconocer los errores de una norma anterior que se caracterizó por el excesivo formalismo y la dilación inaceptable, pero se necesita un paso más para acercarnos al deber del estado de brindar una auténtica tutela jurisdiccional efectiva.

Para ello, es fundamental que esta normativa se acompañe de herramientas que le den vida y la doten de efectividad: jueces especializados con los medios necesarios (de infraestructura, de equipo de trabajo, de capacitación), plazos judiciales cortos pero razonables, análisis estadístico cuantitativo y cualitativo de la demanda judicial a diverso nivel para adecuar el proceso permanentemente, fomento de medidas alternativas de solución de conflictos y normas especiales que den soporte material a la norma procesal.

EL TIEMPO DE TRABAJO: ALGUNAS IDEAS PARA SU DEFINICIÓN

DANIEL ULLOA MILLARES[1]

Tuve la fortuna de ser convocado por Mario Pasco Cosmópolis para trabajar en el área laboral de su estudio en 1997. Dueño en ese momento de quizás la más actualizada biblioteca en temas laborales (enriquecida por su amistad con numerosos académicos de muchos países), fue una persona que destacó, entre otras virtudes, por su oratoria. A su memoria van estas líneas sobre un tema del cual tuvo la oportunidad de escribir en 1993 con sus amigos de "la patota"[2].

Resulta pacífico entender que el tiempo de trabajo (o jornada[3]) constituye un elemento esencial de todo contrato de servicios (no solo del de trabajo) dado que su definición, tanto en cantidad como en distribución diaria, esto es, en el *quantum* como en el *quando*[4], resulta relevante para cada una de las partes vinculadas por él, a saber:

(1) Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Porrúa, México D.F., 1993. Escriben en este libro además de Mario Pasco diversos profesores latinoamericanos: Wagner Giglio, Alfredo Montoya Melgar, Néstor de Buen (coordinador), Rolando Murgas, Rafael Alburquerque, Américo Plá y Mario Ackerman.

(3) Si bien etimológicamente la palabra "jornada" es sinónimo de día y también define el tiempo de duración del trabajo **diario**, ella se utiliza jurídicamente para conceptuar el periodo de servicios en que el trabajador se encuentra obligado a laborar, hablándose de jornadas diarias (lo cual supone, por lo dicho, una redundancia), jornadas semanales, cómputo anual de jornada, jornadas acumulativas, etc.

(4) APARICIO TOVAR J. y LÓPEZ GANDÍA J. (Coord). *Tiempo de trabajo*. Bomarzo, 2007, p. 7.

- Para el acreedor del servicio, a fin de conocer el momento en el cual tendrá satisfecha o cumplida la prestación contratada así como los momentos en que puede supervisarla o dirigirla, si es que hablamos de un contrato de trabajo. Asimismo, en caso nos encontremos ante una obligación de prestaciones que deben cumplirse sucesivamente, le resultará relevante saber cuándo puede utilizarlas, para así obtener mayor beneficio o productividad en el negocio asumido.

- Para el deudor del servicio, para así saber el periodo en el que se encuentra obligado a cumplir sus prestaciones (lo cual debe estar cuidadosamente limitado para proteger, por ejemplo, su seguridad y su salud) y por ende, el tiempo que tiene libre para el descanso, para compartir con su familia, para poder dedicarlo al cumplimiento de otros trabajos, para capacitarse, en resumen, para vivir. Como resulta obvio, la definición de la jornada tiene una incidencia directa sobre la medida de bienestar y sobre la seguridad y salud laboral(5) así como su distribución, en especial si ella es irregular(6).

- Para los terceros (el público), también esencialmente por temas de seguridad y de salud. Muchas veces es el cliente o el usuario de un servicio quien se relaciona de manera directa con el trabajador o deudor de la obligación laboral, dado que ha contratado con el dador del servicio ser beneficiario de todo o parte del mismo. Por ejemplo, los servicios ofrecidos al mercado como restaurantes, transporte, docencia, venta de bienes, etc., por lo que dicho usuario normalmente buscará recibir una prestación de servicios adecuada, cortés, puntual y eficiente, sin interesarse –a veces– por la persona o la situación laboral de quien le presta el servicio(7), asumiendo que ella es la óptima.

(5) GONZÁLEZ BIEDMA E. "La jornada (en torno al artículo 34)". En: *REDT*. Nº 100 (1), 2000, p. 730.

(6) La función asignada por la doctrina a la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo no es tanto la protección de la salud de los trabajadores, cuanto la protección del tiempo libre como medio de desarrollo de la personalidad. Ver TRILLO PARRAGA. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo.* Lex Nova, 2010, p. 160.

(7) Conducta muchas veces indebidamente motivada por el Estado para contribuir a una imagen distorsionada y peyorativa de los derechos laborales, como por ejemplo, cuando se hace ejercicio de la huelga o para modificar esquemas de beneficios, bajo la excusa de las crisis económicas, como ocurrió en Wisconsin, Estados Unidos de América. Ver noticia publicada en el diario *El País* el 11 de marzo de 2011 en el siguiente *link*: <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Wisconsin/apuntala/ley/elimina/derechos/sindicales/elpepuint/20110311elpepuint_1/Tes)>.

- Para el Estado: dada su relación con la forma cómo se reparte el empleo, influyendo hasta en la creación del mismo[8]. Por ejemplo, el hecho que en Perú no exista un tope para realizar trabajos en sobretiempo, horas extras u extraordinarias –como sí ocurre en España y en Colombia, por ejemplo– puede generar que un trabajo sea artificialmente cubierto por una persona –con el desgaste respectivo– cuando el mismo podría ser desarrollado por dos o más individuos, resultando así una relevante medida de reparto de empleo siempre útil a considerar.

I. CONCEPTO

La idea de jornada o del tiempo de trabajo, si bien es normalmente conocida y entendida como el periodo en el cual una persona se encuentra obligada a laborar o prestar el servicio para el cual aceptó ser contratada, no necesariamente cuenta con una definición común o indiscutible a nivel global produciéndose varias diferencias según los ordenamientos que se revisen. Al respecto, haremos un breve repaso de algunas de las definiciones existentes internacionalmente:

1. Según la OIT

Tema generador de múltiples reclamos sociales en diferentes países[9] y base de las principales preocupaciones existentes en la clase obrera tanto a fines del siglo XIX[10] como al inicio del siglo pasado, su importancia y trascendencia social determinó[11] que el primer convenio internacional del trabajo trate sobre las horas de trabajo a ser realizadas en las empresas industriales[12], limitando tanto el número de horas a laborar diaria (8) y semanalmente (48) en el que era el principal sector de la economía en que se producían los abusos cuestionados. Años

(8) GONZÁLEZ BIEDMA E. Ob. cit., p. 731.

(9) Al respecto puede verse BABIANO MORA J. *1 de mayo, historia y significado*. Altabán, 2006, pp. 11-29.

(10) CHACARTEGUI JÁVEGA C. "Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo". En: *Relaciones laborales*. 19/2006, pp. 95-97.

(11) ACKERMAN, Mario. "La jornada de trabajo en las normas de la OIT". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 1-12.

(12) Los convenios que se aprobaron ese mismo año tratan sobre el desempleo (Nº 2), sobre la protección a la maternidad (Nº 3), sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Nº 4), sobre la edad mínima para la industria (Nº 5) y sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria (Nº 6). Cabe subrayar que el convenio Nº 4 fue dejado de lado por discriminatorio, siendo que de los 58 países que lo ratificaron (entre ellos Perú y España), 31 lo habían denunciado al 27 de marzo de 2010.

después, en 1930, se aprobó el Convenio OIT Nº 30 sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas[13], siguiendo el patrón establecido en el Convenio OIT Nº 1.

Pero, curiosamente, la definición del tiempo de trabajo no la encontramos en el Convenio OIT Nº 1, que –como hemos indicado– señala la duración máxima diaria y semanal de la duración del trabajo y sus excepciones, sino en el artículo 2 del Convenio OIT Nº 30, a saber:

> "A los efectos del presente Convenio, la expresión **horas de trabajo** significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador".

Este convenio vino a recoger la precisión recogida en el acuerdo de Londres de marzo de 1926[14] suscrito entre los gobiernos y el sector empleador para poder aplicar adecuadamente los preceptos del Convenio Nº 1 antes citado, acuerdo en el cual se pactó entender por jornada de trabajo:

> "el tiempo durante el cual el trabajador permanece en la negociación a disposición del patrono".

El criterio utilizado radica, como vemos, en la puesta a disposición del trabajador. Pero ¿cuándo ocurre ello? ¿Solamente durante el horario de trabajo, desde que ingresa a su centro laboral pero todavía no trabaja o desde que sale de su domicilio? Un trabajador se encuentra a disposición ¿apenas lo necesite su empleador, aunque sea en su tiempo de descanso? Sigamos revisando otras experiencias y otras definiciones.

2. Según la Unión Europea

La Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, conocida como Carta Social, fue adoptada en diciembre de 1989 por –en ese entonces– todos los estados miembros de la Unión (salvo Reino Unido, que recién la firmó en 1998) y adoptó la forma de una declaración.

El numeral 7 de esta Carta mencionaba que la realización del mercado interior debía conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europa, aproximando, por la vía del progreso, las condiciones referidas a la duración y distribución del tiempo de trabajo. Asimismo,

(13) Perú no ha ratificado el Convenio Nº 30.

(14) MONTENEGRO BACA J. *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Tomo I, Lima, 1958, p. 6.

el numeral 8 mencionaba el derecho de todo trabajador de la Comunidad Europea al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas. Empero, como es natural en este tipo de normas, no se definían los conceptos que se mencionaban.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, estableció en su artículo 31 un contenido algo más preciso de este tema al señalar que:

1. "Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas".

Inicialmente, fue la Directiva 93/104/CE del Consejo, de fecha 23 de noviembre de 1993, la que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud en la ordenación del tiempo de trabajo en lo que se refería a (i) los periodos de descanso diario, (ii) pausas, (iii) descanso semanal, (iv) duración máxima del trabajo semanal, (v) las vacaciones anuales, (vi) el trabajo nocturno, (vii) el trabajo por turnos y (viii) el ritmo de trabajo. Como dicha norma fue modificada varias veces, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 4 de noviembre de 2003, consolidó la regulación vinculada al tiempo de trabajo y establece actualmente las disposiciones mínimas de seguridad y salud en este ámbito, resultando aplicable a todos los sectores de actividad, privados y públicos, con excepción de la gente de mar, normada por la Directiva 1999/63/CE[15].

El artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE define los principales conceptos que viene a regular, a saber:

- **tiempo de trabajo**: es todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales;

- **periodo de descanso**: es todo periodo que no sea tiempo de trabajo;

- **trabajo por turnos**: es toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos

(15) Sin perjuicio de que, al año de emitida, existieran varios intentos de modificar la directiva, inclusive planteando la semana de 65 horas de trabajo, siendo uno de los últimos el texto publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de febrero de 2010 (2010/C 45 E/47).

puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un periodo dado de días o semanas;

- **trabajador por turnos**: todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos;

- **trabajador móvil**: todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior;

- **trabajo *off-shore***: el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la exploración, extracción o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si estas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque;

- **descanso adecuado**: periodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

Como se puede observar, para que se pueda hablar de tiempo de trabajo según la Directiva citada se requieren tres elementos:

1. Que el trabajador permanezca en el trabajo,

2. Que el trabajador esté a disposición del empresario (entiéndase empleador) y

3. Que el trabajador se encuentre en ejercicio de su actividad o de sus funciones[16].

(16) MARTÍNEZ YÁÑEZ N.M. "Tiempo de trabajo y periodo de descanso en la directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". En: *Revista de Derecho Social*. Nº 25, 2004, p. 125.

Si falta alguno de estos elementos nos encontraremos con el concepto de "tiempo de descanso", el cual –como hemos copiado– es definido por la Directiva de manera contraria al tiempo de trabajo, sin que se prevean por el momento, a pesar de las numerosas discusiones realizadas[17], categorías intermedias[18]. En otras palabras, en lugar de contar con dos definiciones, solamente se nos brinda una, pues la otra se conceptúa por oposición.

Algún sector doctrinal español ha entendido que la postura emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en torno al concepto de tiempo de trabajo en los asuntos C-303/98, caso SIMAP, y C-151/02, caso Jaeger, estaría dando cuenta de una aceptación implícita de la interpretación literal del concepto de tiempo de trabajo, esto es, que "es necesaria la presencia conjunta de los tres elementos a los que se refiere este precepto (el artículo 2.1. de la Directiva) para que un periodo temporal pueda ser calificado como tiempo de trabajo"[19]. En otras palabras, "nos hallamos ante un concepto restrictivo que además se identifica con el esquema clásico del trabajo por cuenta ajena en un sistema de producción de tipo industrial"[20]. No obstante, para otro sector doctrinal se puede llegar a una conclusión opuesta pues "la obligación impuesta al trabajador de estar presente y disponible en el centro de trabajo para prestar unos servicios profesionales ya constituye por sí misma, y con carácter general, el ejercicio de las funciones contractualmente asumidas[21]". Asume esta posición Cabeza Pereiro, al entender que la interpretación del concepto no es tan restrictiva, basándose en las sentencias antes mencionadas como también en las emitidas en los asuntos Pfeiffer, 397/01 y otros, y Dellas, C-14/04[22]. Empero, también se alerta que si bien resultan muy importantes los esfuerzos del TJCE en considerar implícito el tercer elemento (el ejercicio de la actividad) en la presencia de los dos primeros, ello no impide la necesidad de plantearse la reforma de la fórmula elegida por la norma comunitaria tomando en cuenta la heterogénea realidad de las formas de producción, las cuales no justifican su trato solamente en una u otra excepción[23].

(17) Una de las modificaciones incluidas en el proyecto publicado en febrero de 2010 al que hace referencia la nota pre anterior suponía la creación de tres conceptos más vinculados al tiempo de trabajo: tiempo de guardia, lugar de trabajo y periodo inactivo del tiempo de guardia, que no resultan inéditos, pues existen para algunos regímenes especiales de trabajo.

(18) MONREAL BRINGSVAERD, E. "El cómputo del tiempo de trabajo". En: *REDT*. Nº 128, 2005, p. 471.

(19) MARTÍNEZ YÁÑEZ. Ob. cit., p. 131.

(20) Ibídem, p. 132.

(21) MONREAL BRINGSVAERD E. Ob. cit., p. 473.

(22) CABEZA PEREIRO J. "Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo". En: APARICIO TOVAR J. y LÓPEZ GANDÍA J. (Coord). *Tiempo de trabajo*. Bomarzo, 2007, p. 15.

(23) TRILLO PÁRRAGA. Ob. cit., p. 113.

En todo caso, el TJCE ha dejado claro que el tema del tiempo de trabajo es uno de alcance comunitario "de tal modo que los Estados Miembros no pueden excluir libremente (de su regulación) a ciertos colectivos de personas ni determinadas situaciones"[24]. Así, queda clara la subordinación de las legislaciones estatales europeas en este tema a lo señalado por la Unión Europea y el respeto que debe realizarse a las decisiones que ella emita, lo cual garantiza un tratamiento uniforme sobre este importante tema.

3. La legislación española

De marcada influencia en nuestra legislación y doctrina, el artículo 34. 5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[25] señala que:

> "El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo".

Con esta definición, que pareciera acoger el criterio **fordista** del "trabajo efectivo"[26] (pues el hecho que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo no supone –necesariamente– que esté laborando efectivamente[27], aunque ello sea presumido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia española[28]), se deja de lado la posibilidad de que, por ejemplo, el tiempo que el trabajador demore para llegar al centro de trabajo, e inclusive, lo que tarde desde que ingresa al centro de trabajo hasta llegar a su puesto de labor forme parte del tiempo de trabajo, esto es, de la jornada.

Lo anterior pareciera lógico o normal en los trabajos realizados en la misma localidad en la que vive el trabajador o en las labores que podemos ver en las ciudades, pero reviste gran importancia o genera muchas diferencias en los casos en que las labores se efectúan fuera de ella (como ocurre en los campamentos mineros, en el mar o en el transporte de personas o mercancías). En todo caso, hay que resaltar que el hecho que dichos espacios temporales no sean legalmente tiempo de trabajo no supone, necesariamente, que no deban ser remunerados o que jurisprudencialmente se señale lo contrario.

(24) CABEZA PEREIRO, J. Ob. cit., p. 14.

(25) Según Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo.

(26) RABANAL CARBAJO, P. "Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo". En: *Actualidad laboral*. Nº 16, 2006, p. 1916.

(27) MONREAL BRINGSVAERD, E. Ob. cit., p. 477.

(28) Ibídem, p. 478.

En este punto queremos mencionar una de las novedades incluida en la Ley 35/2010 de 17 de septiembre (y publicada el día siguiente), por la cual se aprueban medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Esta norma, objeto de numerosos y largos debates antes de su aprobación (y luego de ella), prevé en su artículo 5 la modificación del artículo 41 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y permite que el empleador pueda realizar, basado en "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre ellas la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos. La norma utiliza el verbo "acordar" pero en realidad estamos aquí ante una facultad del empleador que solo requiere una comunicación previa, pues si la modificación es individual y no es aceptada por el trabajador, este debe obedecer o puede darse por despedido (y reclamar una indemnización tarifada legalmente) o reclamar judicialmente para defender su derecho. Si la modificación es colectiva (y la ley define cuando estamos ante una modificación colectiva[29]) la norma prevé una etapa de negociaciones, que si no finalizan con acuerdo, autorizan al empleador a establecer la modificación, sin perjuicio de la posibilidad de reclamo judicial, más aún si la regulación anterior se encontraba en un acuerdo o pacto colectivo. Pero ello no perjudica la imposición de la medida.

Estamos entonces ante una nueva recepción normativa de los intereses empresariales (basado en el objetivo de "recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo"[30], búsqueda afectada por la crisis financiera y económica de 2008) que supone la incertidumbre en la persona que trabaja, pues uno de los elementos esenciales de su contrato, el que determina la distribución del resto de tiempos vitales de su vida[31], tiene la posibilidad de desordenarse por voluntad del empleador, a pesar de haber sido objeto de un acuerdo, sea individual, sea colectivo. Una alteración del contrato de trabajo que ahora pasa a ser en España una modificación –casi– de forma unilateral.

4. El ordenamiento peruano

Las normas peruanas no cuentan con una definición expresa de jornada de trabajo. A nivel constitucional, el artículo 25 establece los límites aplicables:

(29) No es colectiva la modificación que alcance a menos de 10 trabajadores en empresas con menos de 100 trabajadores; a menos del 10 % en aquellas que tengan entre 100 y 300 trabajadores y a menos de 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

(30) Tal como se señala en los considerandos de la ley comentada.

(31) TRILLO PÁRRAGA, F. Ob. cit., p. 29.

> "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo.
>
> Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio".

Dichos límites se repiten en la normativa infraconstitucional, concentrada en el régimen laboral de la actividad privada en dos normas, el texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horarios y trabajo en sobretiempo, aprobado por D.S. Nº 7-2002-TR, y su reglamento, el D.S. Nº 8-2002-TR.

Cabe señalar que la norma legal tampoco define el concepto de jornada de trabajo. Regula sus límites, las facultades del empleador y los procedimientos aplicables para la modificación de la jornada, las categorías de trabajadores no sujetas a la jornada máxima, el horario de trabajo, la jornada nocturna, el trabajo en sobretiempo y su compensación. Pero en su conjunto resulta una norma que considera el trabajo como si este fuera prestado en el ámbito industrial, dejando muchas situaciones sin regular. Por ejemplo, no se prevé un límite para el trabajo en sobretiempo[32], que se conceptúa voluntario, lo cual atenúa –o en realidad cuestiona– el respeto de la jornada máxima constitucional, dado que su imperatividad se relativiza siempre que el empleador compense el trabajo adicional con descanso o con el pago de la sobretasa legal. Ello sin perjuicio de que normalmente el trabajador se vea obligado a laborar horas extras, debido a lo reducido de su ingreso básico, por el riesgo de que su contrato de trabajo (normalmente temporal) no sea renovado o que su situación laboral varíe **por su falta de compromiso con la empresa**.

Es otra norma, la que regula el control de asistencia, el D.S. 4-2006-TR (modificado por D.S. Nº 11-2006-TR[33]) la que podría indicarnos, de manera indirecta, el concepto del tiempo de trabajo vigente para el ordenamiento peruano. En efecto, el artículo 7 de la citada norma indica que:

> "Artículo 7.- Presunciones
>
> Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, **se presume**

(32) Existió un límite, incluido en el artículo 21 del D.S. Nº 8-2002-TR pero que solamente duró algo más de un mes (del 4 de julio al 9 de agosto de 2002).

(33) Publicada el 6 de junio de 2006.

> que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.
>
> Los empleadores **deben adoptar** las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.
>
> Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, en caso el trabajador, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en sobretiempo, se configurará una situación de trabajo impuesto sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a lo dispuesto por dicha norma" (los resaltados son nuestros).

Consecuentemente, podemos entender que para el legislador peruano tiempo de trabajo es definido como el periodo por el cual el trabajador se encuentra en el centro de trabajo, salvo prueba en contrario, sin que sea necesario acreditar la prestación de servicio efectivo.

Esta interpretación podría confirmarse por un hecho algo curioso, dado que el reglamento del texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horarios y trabajo en sobretiempo, el citado D.S. Nº 8-2002-TR, norma también emitida de manera directa por el Poder Ejecutivo, señala lo siguiente:

> "Artículo 18.- El trabajo en sobretiempo supone la prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador. En consecuencia, los tiempos que puedan dedicar los trabajadores fuera de la jornada ordinaria en actividades distintas, no serán consideradas como sobretiempo".

La norma citada no ha sido modificada o derogada por lo que mantiene teóricamente su vigencia, aunque un adecuado uso del criterio de temporalidad nos debería indicar que el mandato incluido en dicho precepto ha sido dejado de lado –por contradictorio– por el previsto en la norma del 2006 antes citada y, por lo tanto, el trabajo en sobretiempo se presume y no requiere la acreditación de la "prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador" sino solamente que exista la presencia física del trabajador en el centro de trabajo.

Esta situación generó que muchos empleadores ubicados en la ciudad y dedicados a actividades de servicios apaguen el sistema eléctrico en el centro de

trabajo para que el personal se vea obligado a retirarse, o que –cuestionablemente– impongan un marcado de registro de salida ficticio, para así evitar la aplicación de la presunción antes citada, cuando lo que debería existir es una mejor forma de regulación del tiempo de trabajo, considerando las diversas formas de prestación de servicios, tanto en la ciudad como fuera de ella y no imponiendo un concepto clásico o **fordista** y muchas veces desactualizado.

II. CRITERIOS PARA LA PRECISIÓN DEL CONCEPTO

Como podemos deducir de lo antes revisado, la jornada es la medida de la prestación laboral del trabajador que el empresario adquiere(34). En tal sentido, ella debería limitarse al tiempo en que se debería prestar o se presta efectivamente el servicio o cuando el trabajador está en su puesto de labor a disposición del empleador, para así lograr el respeto de la dignidad del trabajador y de su tiempo de ocio. Empero, como bien se ha indicado respecto del concepto adoptado por la legislación española, "la determinación de qué sea realmente **trabajo efectivo** y de qué sea el **puesto de trabajo** es una de las cuestiones más litigiosas en materia de jornada laboral y, con frecuencia, la jurisprudencia ha suavizado esos rigurosos términos estatutarios(35)".

De lo visto en las definiciones antes reseñadas, tres son los criterios(36) que podemos extraer para intentar definir este concepto:

1. Jornada como tiempo efectivo de trabajo,

2. Jornada como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo,

3. Jornada como tiempo a disposición en general.

Las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina más reciente han ido descartando el primer criterio por ser restringido o estricto, por suponer además que el trabajador comparta de manera directa el riesgo del negocio(37) y por no ser

(34) ALARCÓN CARACUEL, M. "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución". En: APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDIA, J. Ob. cit., 37.

(35) ALARCÓN CARACUEL M. Ob. cit., p. 47.

(36) Descritos a mediados del siglo pasado por el profesor peruano MONTENEGRO BACA, J. Ob. cit., pp. 5-38, para quien la jornada de trabajo debía ser el tiempo durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador, desde que sale de su domicilio hasta que regrese a él.

(37) Imaginemos el caso de un camarero de un restaurante con asistencia perfecta al local pero que no labora en día alguno pues no asisten clientes. Finalizado el periodo de servicios, no tendría derecho a su remuneración porque no habría trabajado al no cumplir su jornada laboral.

consecuente con las múltiples formas de prestación de servicios que se dan y que vemos actualmente en la realidad, por lo que el segundo criterio resulta ser el mayoritariamente vigente. En todo caso, el problema a resolver con esta segunda alternativa permanece cuando el trabajador no tiene un centro de trabajo preciso o definido, caso en el cual se podría entender que se está asumiendo el tercer criterio o, lo cual resulta más peligroso, que el trabajador no esté sujeto a una jornada máxima de trabajo según las normas peruanas(38).

Asimismo, y bajo el segundo criterio, es común entender que el tiempo que demore el trabajador en llegar al centro de trabajo y lo que pueda ocurrir en él no será parte de la jornada (aunque en algunas legislaciones dicho periodo sea considerado para la cobertura de posibles accidentes de trabajo(39)). Asimismo, tampoco resulta conceptuado como jornada el tiempo que transcurre inmediatamente después de finalizado su trabajo, identificado muchas veces con el momento en que el trabajador "marca tarjeta" a pesar que ello pueda resultar injusto(40) al igual que podría parecer injusto considerar como jornada los tiempos "muertos" que ocurren en la jornada mientras el trabajador se encuentra en el centro de trabajo (momentos para ir al baño, para fumar un cigarro, para atender llamadas particulares, etc.).

Cabe confirmar que el elemento geográfico (la existencia física de un lugar para trabajar, elemento típico del contrato de trabajo) se ha convertido en la discutible solución práctica para simplificar la definición del tiempo de trabajo en la mayoría de los casos en que ello debía precisarse, asimilando el ingreso al lugar de trabajo como la condición esencial para que exista la puesta a disposición y, por tanto, que resulte indiscutible desde ese momento la sujeción del trabajador al empleador, iniciándose así el cómputo del tiempo de trabajo, de sus límites así como de la obligación de retribuir. Con lo cual y bajo estas pautas, el trabajador

(38) Situación que la legislación peruana contempla para tres grupos de trabajadores: el personal de dirección, los trabajadores que laboran sin fiscalización inmediata y los que realizan labores intermitentes de espera, vigilancia o custodia.

(39) En España esa ha sido la tradición jurisprudencial histórica, a pesar de que la actual interpretación jurisprudencial la considera un fenómeno artificial y no esencial según señala BALLESTER PASTOR, M. "Trayecto y concepto de accidente de trabajo: nuevas perspectivas en torno al accidente in itinere y al accidente en misión". En: *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Romero Rodenas (coordinadora). Ed. Bomarzo, 2009, pp. 33-56. En Perú, en cambio, la consideración como accidente de trabajo del accidente *in itinere* no existe, pues normativamente se establece que todo accidente "que se produce en el trayecto de ida y retorno al centro de trabajo" no constituye accidente de trabajo, inclusive en el caso que el transporte sea realizado por cuenta del empleador en vehículos propios o contratados para tal efecto (artículo 2.3. del D.S. Nº 3-98-SA, norma que regula el seguro complementario de trabajo de riesgo, publicada el 14 de abril de 1998).

(40) MONTENEGRO BACA J. Ob. cit., p. 16. De ahí que el citado profesor afirme más adelante que "el laborante desde que sale de su hogar está prestando trabajo subordinado, o sea trabajo por cuenta de otro y bajo la dependencia de este" (p. 35).

perderá tiempo de su periodo de descanso (que, además, no será retribuido) por todo el lapso que demore su acceso al centro de trabajo y luego, el que tome en el camino de vuelta a su domicilio. Pero, por otro lado, con esta definición también el empleador estará obligado a pagar más retribución que aquella que sea solamente generada por el trabajo efectivo, dado que dicho deber se generará desde que el trabajador ingresa al centro de trabajo, esto es, con el inicio de la puesta a disposición del contratado, sin que se cuenten en él algunos periodos cortos de descanso, conforme pasamos a describir. En todo caso, el poder de dirección del empleador es el que podrá determinar si aprovecha o no la puesta a disposición del trabajador durante la así definida jornada de trabajo, siendo él el principal o único responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales de sus contratados.

No obstante lo dicho, coincidimos con Trillo en que en el momento actual el tiempo de trabajo necesario al empleador para obtener una plusvalía no se centra en términos de alargamiento del tiempo de trabajo como ocurría en el modelo fordista sino sobre la posibilidad de utilizar dicho *quantum* en periodos o dosis diferentes, según las demandas productivas(41), esto es, distribuir irregularmente la jornada de trabajo considerando las reales necesidades del empleador (la producción *just in time*) Y esto, claro está, supone una mayor puesta a disposición del trabajador con la consiguiente reducción de su tiempo libre, como por ejemplo lo tipifica la legislación alemana que regula el trabajo de los médicos de guardia, que distingue entre servicios de permanencia (estar a disposición en el centro de trabajo para reaccionar inmediatamente), servicios de atención continuada (estar a disposición no en el centro de trabajo pero en lugares designados por el empleador para atender inmediatamente) y servicios de alerta localizada (estar localizable para atender el llamado del empleador en un plazo determinado), siendo tiempo de trabajo solamente el primero a pesar que todos suponen una intromisión del empleador en el tiempo libre del trabajador(42).

(41) TRILLO PÁRRAGA F. Ob. cit., p. 159.

(42) Ibídem, p. 108.

LA ORALIDAD Y EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

MICHAEL VIDAL SALAZAR[1]

I. EL PROCESO LABORAL Y SU NATURALEZA

Las discusiones sobre la naturaleza del proceso laboral han sido materia de varias posiciones. Incluso, se ha discutido durante mucho tiempo la necesidad o no de reconocer la existencia de un proceso distinto al civil para tramitar reclamos derivados de una relación laboral. Hoy la tendencia general es a reconocer que debe existir un proceso especial para conocer los conflictos laborales, sometido incluso a la competencia de órganos jurisdiccionales especializados. Si bien se reconoce los alcances de las reglas del Derecho Procesal Civil a los procesos laborales, a partir de una aplicación supletoria de estas, la naturaleza de los conflictos en juego y el derecho material en discusión han llevado a justificar la existencia de un proceso especial. Eso sí, sometido sin discusión alguna a los principios e instituciones de la teoría general del proceso.

La justificación a la que hacemos referencia está referida, especialmente, a la situación de desigualdad que comúnmente se presenta en la relación laboral, la misma que se sustenta en una situación de desventaja frente al empleador, debido principalmente a la carencia de poder de negociación del primero, la que a su vez deriva en gran parte de la relación de subordinación que lo vincula al segundo,

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de la Facultad de Derecho de dicha universidad. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

pero no solo de ella, sino también del carácter alimentario de la retribución que recibe y del hecho de no ser dueño del capital[2].

El tema es que, cuando un conflicto laboral es llevado al ámbito judicial, el desequilibrio presente en la relación material (trabajador-empleador), se traslada a la relación procesal, evidenciándose en una desigualdad en términos procesales. Dicha desigualdad se grafica, según Sarthou, en un desequilibrio económico, un desequilibrio probatorio y un desequilibrio de información y asesoramiento[3]. Tales situaciones, que pueden presentarse en otro tipo de conflictos (civiles, de familia, etc.), son comunes (casi consustanciales) en el conflicto laboral, y por ello, lo caracterizan[4] [5].

Ahora, hay que tener presente que la situación de desequilibrio antes expuesta, si bien puede tener su origen en la desigualdad existente en la relación material, es de naturaleza procesal. Es por ello que las soluciones puestas en práctica en el derecho material para equilibrar el poder del trabajador al del empleador, no necesariamente dan resultado en el ámbito procesal. Así, por ejemplo, la desigualdad probatoria no se soluciona con la agrupación de trabajadores ni con la participación del sindicato en el proceso, situaciones que en el ámbito material

(2) La situación de desigualdad antes citada ha tratado de ser equilibrada por el Derecho Laboral material fundamentalmente de dos formas. Primero, mediante el otorgamiento a los sujetos colectivos de la potestad de regular directamente sus relaciones, para lo cual se faculta a los trabajadores a agruparse libremente (sindicación), negociar con el empleador (negociación colectiva) con el fin de arribar a un acuerdo vinculante (convenio colectivo) e, incluso, tomar medidas de coerción directas (huelga). Segundo, con la aplicación de principios destinados a favorecer esencialmente a la parte trabajadora (indubio pro operario, norma más favorable, condición más beneficiosa, irrenunciabilidad, etc.) y el establecimiento de legislaciones igual de protectoras.

(3) El primero se evidenciaría en el hecho de que el trabajador pone en juego la satisfacción de derechos alimenticios, mientras el empleador no asiste al proceso por problemas vinculados a su subsistencia económica sino, a una disminución de sus utilidades o su capital. El segundo está vinculado al hecho que la relación laboral se desarrolla en la sede del empleador, de la cual el trabajador debe arrancar la prueba (documentos, testigos, datos informativos, etc.). Finalmente, el tercer desequilibrio tiene también su origen en la carencia de medios económicos, unidos esta vez a la carencia de medios culturales, que dificultan el acceso del trabajador a información idónea y una defensa adecuada (SARTHOU, Helio. "Los principios del Derecho Laboral, y el nuevo procedimiento para la solución de las controversias de trabajo". En: AA.VV. *Nuevo proceso laboral uruguayo*. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, pp. 182-183).

(4) Sobre el particular, el mismo Sarthou afirma que "el desequilibrio económico se puede dar en la contienda alimentaria del Derecho común. El desequilibrio probatorio se puede dar en la situación de un juicio común en materia de arrendamientos. Pero lo que caracteriza a la contienda laboral es su permanencia, generalidad y simultaneidad de todas esas formas de desequilibrio" (SARTHOU, Helio. Ob. cit., p. 183).

(5) En ese mismo sentido, Plá Rodríguez afirma que "dentro de las diferencias que se marcan, entre la controversia común y la laboral, acaso la más evidente es la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de uno, al empleador la parte fuerte, y del otro el trabajador la parte débil" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los principios del Derecho del Trabajo". En: SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo (coord.). *La Ley Procesal del Trabajo*. Congreso de la República, Lima, 1996, p. 124).

incluso podrían llevar a la inaplicación de principios derivados del carácter protector del Derecho Laboral[6].

Es así como, el sometimiento de controversias con tales características al ámbito judicial, exige la **existencia de un proceso en que se establezcan reglas que atiendan a tales particularidades**, y que se dirijan a equilibrar la situación de desigualdad procesal que se presenta[7] [8]. Tal proceso no es otro que el proceso laboral, con características propias y órganos jurisdiccionales especializados encargado de su tramitación.

Sobre dicho proceso, no cabe duda de que, siendo su objeto la tramitación de conflictos en los que se encuentra en juego el derecho de particulares, se sustenta sobre la base de todo proceso dispositivo (en contraposición con el proceso inquisitivo). Sin embargo, considerando que su naturaleza exige un trato diferenciado con relación al proceso dispositivo por excelencia (proceso civil), el cual radica en distintas reglas vinculadas a la tramitación del proceso y el papel del juez en el mismo, se afirma que nos encontramos ante un **proceso dispositivo atenuado**, es decir, en esencia dispositivo pero con notas inquisitivas, tales como el impulso de oficio, la posibilidad de que se dicten sentencias *ultra* y *extra petita*, la declaración de ciertas excepciones por parte del juez, el aporte de medios probatorios de oficio y la indisponibilidad privada del proceso (en el caso de derechos laborales irrenunciables)[9].

Es en esa línea que se reconoce que los principios que pueden ser aplicados al proceso laboral son los mismos aplicables a cualquier proceso pero con alguna características especiales derivadas de la naturaleza de las pretensiones objeto de discusión. Ello lleva a que, en palabras de Paredes Palacios, "al lado de los principios referentes al Debido Proceso Legal se erijan –a partir de estos

(6) Sobre el particular, Paredes Palacios señala que "frente a la relación sindicato-empleador, en que se afirma se encuentran equiparadas las capacidades de negociación y que lleva a sostener la inaplicación de ciertos principios laborales como el *in dubio pro operario* y el de 'condición más beneficiosa' (…), tal situación no enerva las características del proceso laboral antes descritas, si bien es cierto que, quizá, se tenga menos que compensar" (PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 83).

(7) Al respecto, Pasco Cosmópolis afirma que "el proceso debe guardar adecuación a la naturaleza de los derechos que en él se controvierten; y si las controversias y conflictos laborales son intrínsecamente distintos a las controversias comunes, resulta indispensable la existencia de un derecho procesal que, atento a esa finalidad, resulte adecuado a la naturaleza y caracteres de aquellos" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 39).

(8) De esta manera, se cumpliría con el requerimiento formulado por Cruz Villalón al sostener que "el rol tuitivo propio de la legislación laboral ha de tener también sus consecuencias en el terreno procesal". (CRUZ VILLALÓN, Jesús. "Caracterización general del proceso laboral en el Derecho español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Nº IV, Jemafy, Lima, 2001, p. 443).

(9) PAREDES PALACIOS, Paúl. Ob. cit., p. 108.

mismos– 'principios técnicos' que aluden a la manera de 'interrelacionarse' los distintos elementos que componen el fenómeno procesal: sujetos, actos, finalidades, condiciones, cargas, deberes, derechos, y que respondan a cierta orientación política"[10]. Incluso, hay quienes, como Plá Rodríguez, sostienen que existen principios que son aplicables al proceso laboral y no al proceso común (civil), tales como la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad; así como otros que si bien son aplicados en ambos tipos de proceso, en el laboral tienen mayor grado de agudeza e importancia, como sucede en el caso de la rapidez, sencillez, gratuidad, impulso de oficio y el esfuerzo por la conciliación[11].

Evaluar la conveniencia o no de la oralidad dentro del proceso laboral, así como la eventual afectación de las garantías constitucionales, resulta imposible si no se tiene en consideración las características propias de este y su justificación.

II. ORALIDAD Y PROCESO LABORAL

Ahora bien, la implementación de la oralidad ha sido analizada comúnmente en atención a su implementación en los procesos civiles, considerando su naturaleza dispositiva, y en los procesos penales, atendiendo a su carácter (por lo menos originalmente) inquisitivo, encontrando sus mayores observaciones en el primer caso.

Y es que la oralidad no implica simplemente una preponderancia de las actuaciones orales sobre las escritas, sino una serie de aspectos más, requeridos para que tal oralidad, rinda sus frutos. Así pues, pensar en la implementación de un sistema oral solo puede tener su justificación en un mayor reconocimiento del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Por ello la vinculación indispensable de la oralidad a los principios de inmediación, concentración, sencillez, celeridad y publicidad[12]. La relación con estos, además, resulta bastante singular,

(10) Ibídem, p. 107.

(11) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., p. 124.

(12) Sobre el particular, PASCO COSMÓPOLIS señala que: "el sistema oral exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: inmediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más, al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La Nueva Ley Procesal de Trabajo del Perú". En: *IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Retos Actuales del Derecho del Trabajo peruano: Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2010, p. 23).

pues es de dependencia mutua. Es decir, la oralidad permite la aplicación de tales principios, y a su vez, requiere de la consagración y respeto de los mismos para cumplir el objetivo de su implementación (una mejor administración de justicia).

De esta manera, un proceso oral permite y exige la inmediación. De nada servirá un sistema oral si el sujeto ante el cual se actúan los medios probatorios, no es el que finalmente se pronuncia. Pero no solo eso, la oralidad permite a ese sujeto un contacto más directo con el medio probatorio, lo que demuestra la interdependencia entre ambos. Así pues, Palomo Vélez afirma que "el saber combinar la oralidad del procedimiento y la inmediación judicial efectiva producirá claras ventajas en las posibilidades de mayor acercamiento al descubrimiento de la relación jurídico material envuelta en el proceso, permitiendo al juez formular preguntas y solicitar explicaciones y aclaraciones, poder apreciar directamente los signos externos de las partes, testigos y peritos, todo en orden de la obtención de la plenitud del material de hecho en el proceso y para asegurar la obligación de veracidad de los interviniente"[13].

De otro lado, un sistema oral permite, pero sobre todo exige, un proceso concentrado, es decir, que se realice en la menor cantidad de actos procesales. Ello, resultará indispensable para que "no desaparezca de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado"[14].

La oralidad, además, permite un proceso más sencillo, pero en especial, más expeditivo, garantizando así la celeridad del mismo. Si el proceso oral no se desarrolla con celeridad, no tiene razón de ser. Se trata del aspecto más relacionado a la eficacia de la tutela judicial a que hemos hecho referencia en el primer punto de este trabajo. El proceso oral busca, especialmente, la obtención de un pronunciamiento efectivo, y para ello, debe obtenerse en el menor tiempo posible. Siendo así, todo proceso oral se estructura de tal manera que en la audiencia (o audiencias) se agote, en la mayor medida posible, la actuación procesal, constituyendo lo que se conoce como un proceso por audiencias. Sobre el particular, Ramírez Carbajal afirma que "un sistema por audiencias tiene el beneficio de imprimir celeridad al proceso por cuanto el número y la posibilidad de suspender las audiencias está ordenado por la ley de forma restringida"[15].

(13) PALOMO VÉLEZ, Diego. "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere? Una lectura desde los desafíos de la modernización de la justicia chilena". En: *CATHEDRA*. Nº 12, Lima, 2006. p. 38.

(14) PICÓ I JUNOY, Joan. "Los principios constitucionales rectores del proceso civil en España (i): Los principios referentes al objeto del proceso, su dirección y desarrollo formal". En: *Revista Advocatus*. Nº 10, Lima, 2004, p. 68.

(15) RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. "La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso". En: AA.VV. *Proceso y Constitución*. Lima, ARA, 2010. p. 94.

Finalmente, la publicidad se constituye en un elemento que si bien resulta más viable en el proceso oral que en el escrito (resulta más fácil acceder a una audiencia que a un expediente judicial), se hace indispensable en el primero. Y es que, en un proceso en que la oralidad puede llevar a valoraciones subjetivas a partir del contacto directo con las partes y las pruebas, la publicidad de las actuaciones procesales se constituye en un mecanismo de control necesario. En ese sentido, Picó I Junoy señala que "el principio de publicidad (…) tiene una doble finalidad: garantizar plenamente la aplicación real del principio de oralidad (…), y proteger a las partes de una justicia sustraída del control público, manteniendo así la confianza de la comunidad en el buen hacer de los tribunales de justicia"[16].

En este punto, resulta ya más que evidente que, para que la oralidad y los principios que la acompañan, tengan un reconocimiento en la práctica, es necesaria la participación especial del juez.

Se trata, pues, de pasar del juez sentenciador, existente en un proceso escrito, a un juez director, cuya presencia resulta implícita en un sistema oral. En efecto, los sistema escritos (incluimos en esa definición a aquellos que son regulados como orales pero que en la práctica resultan ser predominantemente escritos) tienden a llevar a que el juez asuma un rol muy pasivo en el proceso, incluso delegando en muchos casos la apreciación de las pruebas, lo que constituye una afectación grave al principio de inmediación[17]. En el peor de los casos, un sistema escrito permite incluso, debido a la sistemática afectación del principio de celeridad, el cambio sucesivo de jueces, con lo que la actuación procesal previa a la sentencia se desarrolla frente a distintos sujetos, vaciando de contenido absolutamente la regla antes citada[18].

Ahora, pensar en un juez director supone, en especial, si el objetivo es lograr a partir de la oralidad, mayores probabilidades para desque el litigante de obtenga una tutela jurisdiccional efectiva, otorgarle mayores facultades, en especial con relación a la determinación del objeto de litigioso y del ofrecimiento de medios probatorios.

Tal como señala Cappelletti, el sistema oral "debe fundarse no sobre escolásticos apriorísticos y simplicísticas abstracciones, sino sobre el análisis fenomenológico, experimental de la realidad, tal como ella se manifiesta a la observación.

(16) PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit., p. 68.

(17) En ese sentido, Palomo Vélez afirma que "(…) el verdadero culpable de estos problemas debe buscarse en la estructura del sistema escrito que hace inviable una compaginación real con la inmediación judicial". (PALOMO VÉLEZ, Diego. Ob. cit., p. 32).

(18) Ídem.

Ciertamente este método implica una renovada confianza en el hombre, y por consiguiente, por lo que aquí particularmente nos interesa, en el hombre-juez, en sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de los datos observados"[19]. El tema es hasta dónde deben otorgarse facultades propias de un proceso inquisitivo al juez para que cumpla con el papel que un sistema oral le exige, en especial cuando ante él se tramita un proceso de naturaleza dispositiva.

Al respecto, existen posiciones encontradas. En efecto, frente a quienes sostienen que el sistema oral exige que el juez tenga mayores facultades con relación al objeto litigioso y la aportación de medios probatorios, existe los que alegan que, por lo menos, en un proceso de naturaleza dispositiva, ello no es posible. En esa línea Palomo Vélez manifiesta que "conviene introducir los cambios en la estructura procesal civil, esto es, el principio dispositivo y de aportación de parte, que como bien se sabe, encuentran su fundamento y origen en la naturaleza predominantemente privada o individual de los intereses en juego, lo que explica que el proceso se construya asignando a las partes un papel muy importante. Por ello, como no debe ser de otra forma, de las partes depende la existencia del proceso, como también la determinación del objeto"[20]. El mismo autor señala que "no compartimos (…) aquellas posiciones doctrinales que asocian la introducción de la oralidad con un mayor protagonismo del juez en materia de iniciativa probatoria, pretendiendo conferirle amplísimas facultades (en realidad deberes) en la decisión respecto de la práctica de diligencias probatorias tendentes al descubrimiento de la verdad"[21].

De otro lado, una visión más flexible del tema nos presenta, con relación a iniciativa probatoria del juez, una serie de límites que deben ser impuestos a dicha facultad. Tales límites son los siguientes: (i) que la prueba practicada por el juez se limite a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte; (ii) la necesidad de que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la actividad probatoria del juez; y que (iii) se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, permitiéndosele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar de toda la actividad probatoria[22].

(19) CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1972, pp. 93-94.

(20) PALOMO VÉLEZ, Diego. Ob. cit., p. 34.

(21) Ibídem, p. 35.

(22) PICÓ I JUNOY, Joan, Ob. cit., p. 57.

La visión de un juez con mayores facultades en la dirección del proceso, puede encontrar menos objeciones en un proceso de naturaleza dispositiva atenuada como es el laboral. La situación de desigualdad, que se trata de superar mediante la aplicación de lo que se denomina "igualdad por compensación", así como el impulso de oficio y la posibilidad de que el juez pueda ordenar la actuación de medios probatorios de oficio en el proceso laboral, permite otorgarle mayores facultades al juez en relación tanto a la determinación del objeto litigioso, como a la aportación de medios probatorios.

Aún así, debe considerarse que la implementación de un sistema oral (lo que incluye, la visión de un juez distinto al del proceso escrito), por más atenuado que se presente el principio dispositivo, no puede acarrear la afectación de garantías previstas, incluso, a nivel constitucional.

Ello no debe, sin embargo, alejarnos del importante papel de la oralidad en situaciones en que se busca un mayor reconocimiento del derecho a tutela jurisdiccional efectiva, para lo que se exige un respeto a las garantías que lo conforman. Así pues, Ramírez Carvajal afirma que "la oralidad nos acerca a un estudio serio y fundado sobre los poderes de instrucción del juez enmarcados dentro de las garantías constitucionales"[(23)], agregando que "ninguno de los poderes que se otorgan al juez son absolutos. El equilibrio se debe encontrar a partir del respeto por las garantías constitucionales y por los derechos fundamentales"[(24)].

Las reflexiones antes señaladas, resultan aplicables absolutamente al proceso laboral. Su naturaleza dispositiva, por más atenuada que se encuentre, no permite afectación alguna de las garantías mínimas que debe tener un litigante en un proceso, en muchos casos, consagradas constitucionalmente.

Sin perjuicio de ello, considerando la naturaleza del proceso laboral, y la desigualdad procesal en que reposa su justificación, la oralidad y todo lo que la misma supone, se constituye en un instrumento fundamental para el ejercicio adecuado del derecho a tutela jurisdiccional efectiva, por lo menos en lo que se refiere a obtener un pronunciamiento efectivo. La visión de un juez director, que impulsa el proceso, e incluso, puede participar de una u otra manera en la determinación del objeto de litigio y la aportación de medios probatorios, supone un elemento importante para cubrir los problemas probatorios que suelen presentarse en este tipo de proceso.

(23) RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Ob. cit. p. 102.

(24) Ibídem, p. 104.

III. ORALIDAD Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Considerando lo señalado hasta este punto, la oralidad, por lo menos en el proceso laboral, parecería resultar una alternativa interesante para alcanzar un reconocimiento idóneo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los litigantes. Sin embargo, no debe dejarse de lado que tal derecho comprende no solo el obtener un pronunciamiento efectivo, sino además el respecto de las garantías mínimas dentro de un proceso. Entre tales garantías, encontramos: el derecho a juez natural, el derecho a un debido proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la asistencia de letrado y el derecho de defensa(25). La primera de ellas además, comprende "el derecho que tienen los sujetos a que un proceso sea seguido por un tercero imparcial predeterminado por la ley"(26). Se garantiza así la imparcialidad con la que debe actuar todo juzgador, la misma que consiste, a decir de Picó I Junio, "en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez. Mediante esta imparcialidad pretende garantizarse que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado"(27).

Es justamente sobre dicha imparcialidad que se ubica una de las dos más importantes objeciones al sistema oral, y en especial, al otorgamiento de mayores facultades al juez en la aportación de medios probatorios. En ese sentido, tal como señala Picó I Junoy, "el argumento más frecuente utilizado par mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final"(28). Al respecto, coincidimos con el citado autor en que la eventual pérdida de la imparcialidad judicial no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador, siendo desde nuestro punto de vista, el fundamento principal para tal afirmación, el hecho que cuando el órgano jurisdiccional decide actuar una prueba que no han sido ofrecidas por las partes, no se decanta a favor o en contra de alguna de las partes, pues en ese momento no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar dichas prueba, teniendo como único objetivo cumplir con su obligación de brindar una adecuada tutela judicial(29).

(25) PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. cit., p. 290.

(26) Ídem.

(27) PICÓ I JUNIO, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 23.

(28) Ibídem, p. 68.

(29) Ibídem, p. 65.

El tema es aún más discutible tratándose del proceso laboral, debido a su naturaleza. Así pues, Fernández Brignoni manifiesta que "en el Derecho Social, también hay otro desafío, que el Juez laboral debe mantenerse imparcial, pero no neutral. No hay neutralidad en la actividad judicial en el proceso laboral, si bien sí imparcialidad"[30]. Siendo así, en el proceso laboral, no solo puede entenderse la potestad del juez para actuar medios probatorios de oficio, sino que constituye casi una garantía en sí misma.

Sobre el particular, debemos dejar claro además que, el ejercicio de la citada potestad no puede alegarse como una afectación al derecho de probar de las partes. Por ello, Bustamante Alarcón señala que "que se trata de un poder-deber proveniente de la propia función jurisdiccional pues, pese a que la carga de probar corresponde a las partes, el juez no puede ejercer eficazmente su función si no cuenta con las facultades o potestades suficientes que le permitan investigar la verdad de los hechos que las partes afirmen en oposición, y teniendo en cuenta que hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y conforme a derecho, tal facultad o poder se convierte en un deber del juez para su realización"[31]. Tal afirmación resulta de una aplicación por demás especial en el caso del proceso laboral, considerando el acceso limitado del demandante común (trabajador o extrabajador) al material probatorio correspondiente.

En todo caso, lo que debe cuidarse es no afectar, y aquí entramos al segundo punto materia de cuestionamiento de la oralidad, el derecho de defensa de las partes. Así pues, en relación a la actuación de medios probatorios de oficio, Bustamante Alarcón afirma que "el sujeto procesal contra quien se opone un determinado medio de prueba, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo esto su derecho a probar contra los hechos y medios probatorios afirmados y ofrecidos –respectivamente– por la otra parte; es decir, la actuación probatoria debe desarrollarse con conocimiento y audiencia de las partes"[32].

En efecto, el verdadero control de los actos del juez, sea con relación a la determinación del objeto de litigio, la aportación y actuación de medios probatorios, o cualquier otro aspectos que derive de la aplicación de un sistema oral, está relacionado al derecho de defensa que tiene todo litigantes, sea en calidad de demandante como demandado. Aquí pues, debe recordarse que el proceso, incluso

(30) FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, RAMÍREZ ARAQUE, Fanny y PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los retos del nuevo proceso laboral peruano". En: *Ius et veritas.* Nº 40, Lima, 2010, p. 424.

(31) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 65.

(32) Ibídem, p. 91.

el laboral, parte de la idea de una protección de los derechos procesales de ambas partes, aún cuando se incorporen mecanismos para compensar la desigualdad procesal que puede presentarse.

IV. LA ORALIDAD EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

La Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT)[33], tiene como principal novedad la configuración de un proceso laboral oral, es decir, un proceso en el que prima la actuación oral sobre la escrita (sin dejar de lado esta en determinados casos). Más allá de discutir si la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT)[34], establece o no un sistema oral, lo cierto es que en la práctica los procesos seguidos al amparo de dicha norma han venido teniendo una tramitación escrita. En tal sentido, resultaba indispensable un cambio en el tratamiento legal del proceso laboral, apuntando a garantizar la vigencia de los principios de inmediación, concentración, celeridad, sencillez y publicidad, que a su vez permitan alcanzar el fin último de la reforma: el reconocimiento de una tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, el artículo I del Título Preliminar consagra como principios del proceso laboral la inmediación, la oralidad, la concentración, la celeridad, la economía procesal y la veracidad. Sin perjuicio de lo discutible que resulta la calificación de la oralidad como principio (para nosotros se trata de una característica), lo cierto es que su inclusión en el primer artículo de la NLPT nos presenta un sistema procesal de naturaleza oral y, por ello, nos obliga a tener una visión distinta, no solo del proceso, sino además del papel del juez.

El citado proceso entonces se basa en un sistema por audiencias, con una actuación preferentemente oral, una concentración de las actuaciones procesales previstas y una actividad proactiva del juez.

Todo ello debe entenderse, sin embargo, en íntima relación con los derechos a un debido proceso y a tutela jurisdiccional, recogidos en el artículo III del

(33) Publicada el 15 de enero de 2010, y que ha venido entrando en vigencia en distintos distritos judiciales del Perú desde el 15 de julio de 2010, aplicándose a la fecha en los distritos judiciales de Tacna, Cañete, La Libertad, Arequipa, Lambayeque y Cusco (de acuerdo a lo dispuesto en su Novena Disposición Complementaria y la Resolución Administrativa Nº 413-2010-CE-PJ).

(34) Norma que aún se aplica en algunos distritos judiciales del Perú, y que se seguirá aplicando a todos los procesos iniciados antes de la entrada en vigencia de la NLPT.

Título Preliminar (como fundamentos del proceso laboral), así como en el artículo 139 de la Constitución peruana.

Esa tutela jurisdiccional efectiva reconocida a las partes que participan en el proceso laboral, supone el respeto de las garantías que forman parte de dicho derecho, entre ellas la imparcialidad del órgano jurisdiccional y el derecho de defensa, objeto de cuestionamiento dentro de todo sistema oral.

Con relación a la imparcialidad, la NLPT contiene la facultad del juez de, excepcionalmente, ordenar la práctica de alguna prueba adicional distinta a la ofrecida por las partes (art. 22). Tal situación, como hemos mencionado antes, no constituye para nosotros una afectación de la garantía de imparcialidad.

El resto de mecanismos que se han regulado en el proceso laboral a efectos de asegurar que el sistema oral cumpla con su objetivo, que no debe ser otro que la consagración idónea de la tutela jurisdiccional efectiva, están sujetos a la garantía del derecho de defensa consagrado en los numerales 3 (como partes de la tutela jurisdiccional efectiva) y 14 del artículo 139 de la Constitución, así como en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT.

En todo caso, lo cierto es que la situación de la justicia laboral en el Perú, exigía que se tomaran acciones que impulsaran un cambio trascendental, entre ellas la implementación de un sistema oral, siempre, claro está, observando la diligencia mínima para que no se perjudiquen garantías constitucionales como, por ejemplo, el derecho de defensa.

V. ALGUNOS ASPECTOS IMPORTANTES EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO LABORAL RELACIONADOS A LA ORALIDAD

Ahora bien, considerando lo señalado en puntos anteriores y la regulación actual del proceso laboral peruano contenida en la NLPT, la oralidad ha traído consigo interesantes novedades en la tramitación misma del proceso, en muchos casos, con situaciones controversiales. Vamos a tocar algunas de ellas.

1. La actualización de la demanda

Una primera cuestión que ha abierto el debate está relacionada a la posibilidad de "actualizar la demanda", es decir, a que las pretensiones puedan ser aclaradas, precisadas o, incluso, modificadas. Hay que recordar que en el

proceso común, la posibilidad de modificar o ampliar la demanda se presenta únicamente antes de que la misma sea notificada al demandado (artículo 428 del Código Procesal Civil). En el proceso laboral peruano, hoy se discute si es que cabe tal actualización de la demanda en la audiencia de conciliación, o incluso en la de juzgamiento.

En el plano normativo el tema tiene una regulación indirecta en el artículo 43 de la NLPT, donde se señala que, tras la etapa de conciliación, "en caso de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, **el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio**; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento, la cual debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, quedando las partes notificadas en el acto".

De acuerdo a tal regulación, parecería que la última oportunidad de actualizar la demanda sería dentro de la denominada "audiencia de conciliación", pues en ese acto el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio. Luego de esa etapa la actualización podría resultar discutible.

Sin embargo, un punto considerado en la discusión es lo dispuesto en el artículo III de la NLPT donde se establece que, en el proceso laboral, los jueces "privilegian el fondo sobre la forma". ¿Ello podría habilitar la admisión de una actualización de la demanda con posterioridad a la determinación del asunto en litigio? Es un tema controversial. En todo caso, lo importante, como se ha mencionado en los puntos anteriores, será la no afectación de garantías constitucionales de las que son titulares no solo los demandantes, sino también los demandados.

Siendo así, la actualización de la demanda deberá respetar en primer lugar el derecho a contradicción del demandado, quien debe tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, pudiendo presentar los argumentos y medios probatorios que consideren pertinentes.

Evidentemente, el tema amerita un análisis caso por caso. La actualización no siempre debe suponer un retraso en el proceso. Recordemos que no puede afectarse el principio de celeridad. Sin embargo, es una asunto que hay que tratar con mucho diligencia.

En esta materia, la oralidad se constituye en un instrumento importante. La preferencia de lo oral sobre lo escrito (que tocaremos más adelante con detenimiento), puede generar la posibilidad de ejercer el derecho de defensa sin perjudicar la celeridad del proceso. Claro, no en todos los casos. Es allí donde el juez

debe manejar adecuadamente su criterio para ver hasta qué punto puede afectarse un derecho del demandado, permitiéndole más adelante cuestionar el manejo del proceso a través de nulidades que pueden dilatar el mismo, que es justamente lo que se pretende evitar.

La otra alternativa es no permitir la actualización de la demanda con posterioridad a la precisión de pretensiones realizada por el juez. Pero incluso, antes de ese acto, hay que considerar si la actualización debe permitirle al demandado ejercer algún mecanismo de contradicción. Debemos considerar que la precisión de las pretensiones se realiza en el mismo acto en que se presenta la contestación de demanda, elaborada sobre la base de la demanda original. Si la demanda actualizada exige la presentación de nuevos medios probatorios o aclaraciones adicionales debería permitirse al demandante ejercer el derecho de defensa que corresponda. El tema obviamente se complica en el caso del proceso abreviado, de una sola audiencia, la cual, dependiendo del caso, debería ser suspendida.

De otro lado, debe tratarse con especial cuidado los casos en los cuales la modificación de la pretensión puede suponer no solo una vulneración del derecho de defensa, sino también una afectación de la seguridad jurídica, como puede suceder en los casos en que se pretenda revivir un derecho que ha caducado. Por ejemplo, si en un proceso se formula como pretensión el pago de una indemnización por despido arbitrario basado en un despido arbitrario simple y luego se pretende variar el pedido a uno de reposición por haberse configurado un despido nulo, será discutible si tal variación es admisible considerando que el plazo para plantear tal pretensión, para el momento en que se pretende modificar la demanda, ha caducado con base en las normas vigentes sobre la materia (que establecen que dicho plazo es de treinta días).

Finalmente, por más que la oralidad permita cierto grado de flexibilización, lo que no debería suceder es que se permitan pretensiones oscuras o ambiguas. Es una situación que definitivamente perjudica el derecho de defensa de las partes. Es distinto el caso pues de un demandante que desea aclarar, precisar o modificar su pretensión, de aquel supuesto en el que la aclaración o precisión es necesaria.

Ello implica, además, una calificación adecuada de las excepciones que se formulen en el proceso. Debe utilizarse, pues, de manera adecuada lo dispuesto en el artículo III de la NLPT cuando señala que los jueces en el proceso laboral "interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso". El citado dispositivo, que consagra el principio *favor processum,* de ninguna manera puede suponer una afectación del derecho de

defensa del demandante. En esa medida, debe evitarse generar la idea de que la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda se encuentra desterrada del proceso laboral.

2. La preferencia de lo oral sobre lo escrito: la demanda y la contestación versus lo que se señala en la audiencia

Otro tema novedoso, y que se viene aplicando con regularidad en el proceso laboral, es el de la preferencia de lo oral sobre lo escrito. Se trata de un fenómeno al que los sujetos procesales se vienen adaptando pero que es de suma utilidad para el proceso. En esa línea el artículo 12 de la NLPT señala que "en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia".

Es importante hacer notar que ello no libera al juzgador de conocer la exposición escrita, sino que entre una contradicción entre esta y la exposición oral, debe primar la segunda. Siendo así, cada vez se hace más común que se dicten sentencias en las cuales se realiza una evaluación del tema en discusión a partir de una contradicción entre lo señalado en la demanda o contestación y lo expuesto en la audiencia, sea como exposición de posiciones o declaración de parte. La contradicción además puede operar también como un indicio de falta de solidez de la posición de la parte involucrada.

Se trata de uno de los mecanismos en los que la oralidad deja evidenciar sus virtudes con más claridad. Sostener una afirmación sin argumentos o pruebas por escrito es mucho menos complejo que hacerlo oralmente. La oralidad exige sustento.

De otro lado, la preferencia de lo oral sobre lo escrito, también permite en muchos casos flexibilizar reglas procesales que en otras circunstancias podrían suponer plazos perentorios o dilaciones procesales. Tal es el caso de la actualización de la demanda comentada, sin perjuicio de la garantía del derecho de defensa desarrollada anteriormente.

Esta regla de oralidad le otorga a la audiencia un papel clave en el proceso. Probablemente se trate del elemento que realmente diferencia el proceso actual del anterior. Le permite al juez indagar, percibir, concluir, al margen de lo expuesto por las partes por escrito. De hecho, es una reinvidicación clara del principio de inmediación, tan poco valorado en el esquema anterior.

Asimismo, es una de las reglas más determinantes para la celeridad del proceso, en tanto, la conexión directa con las partes, y la valoración especial de lo

manifestado oralmente por estas en las audiencias, permite que la sentencia sea dictada en el menor tiempo posible, pudiéndose incluso emitir un fallo a la conclusión de la etapa de juzgamiento en la audiencia correspondiente.

Claro está que se trata de una regla que también supone un nivel de preparación mayor de las partes, sus abogados y el mismo juez dentro del proceso. Una contradicción en la audiencia entre lo señalado por escrito y lo expuesto oralmente puede definir el resultado del proceso. Para ello las exposiciones de los abogados y las declaraciones de las partes deben ser claras y coherentes. Asimismo, para percibir una posible contradicción, el juez debe estar preparado y conocer los hechos y la materia en discusión. Todo ello ligado íntimamente a una actuación de medios probatorios rica en debate y muy dependiente de la preparación de los actores procesales, como veremos en el punto siguiente.

3. La actuación de los medios probatorios: declaraciones y testimoniales, la oralización de los documentales

La actuación de medios probatorios en el nuevo proceso laboral difiere en mucho del proceso anterior. La oralidad y las reglas establecidas a partir de la misma en la NLPT, le han otorgado a esta etapa un matiz distinto, un protagonismo real.

Al respecto, el artículo 12 de la norma citada señala que "las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento". Nótese como se le da un carácter trascedente a la discusión oral y un papel investigador al juez. No debe olvidarse que si bien la reforma puede estar orientada fundamentalmente a una resolución célere del proceso, nunca debe perderse de vista la intención de llegar a la verdad real de los hechos.

Agrega la NLPT en su artículo 24 que "el interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida". En el proceso anterior, siguiendo las reglas del proceso común, las declaraciones de partes y las declaraciones testimoniales debían ser ofrecidas conjuntamente con un pliego de preguntas para la otra parte o el testigo. Si bien podían existir preguntas adicionales a los mismos, dichos pliegos de alguna forma delimitaban la actuación de tales medios probatorios. En el esquema actual esa formalidad ya no existe. Se permite una actuación libre de estas pruebas. Tanto las partes como el juez pueden buscar el mejor nivel de explotación de las mismas. Obviamente, teniendo siempre en consideración la pertinencia que debe tener cada pregunta que se realice.

Algo similar sucede con el interrogatorio a peritos o el debate pericial que eventualmente pueda presentarse.

En todos los casos, nuevamente, la actuación probatoria supone una preparación importante del juez, las partes y los abogados (el mismo artículo 24 señala que "los abogados de las partes también pueden preguntar o solicitar aclaraciones, bajo las mismas reglas de apertura y libertad"). Una preparación indebida puede llevar a la ineficacia del medio probatorio y con ello, a un gasto en tiempo y dinero innecesario.

Lo mismo sucede con la actuación de medios probatorios documentales. Hoy se hace referencia a la "oralización de los documentos", que no es otra cosa que indicar para qué han sido ofrecidos con una indicación clara de la parte relevante de los mismos. Un contrato puede tener cincuenta páginas de las cuales considero que en una de ellas está lo relevante para el caso. La obligación de la parte, mediante su abogado, es hacer notar tal relevancia. Las partes y sus abogados no pueden confiarse en que el juez revisará ese extracto y a partir de ello resolverla la controversia. Deben asegurarse de que ello sucederá, que el medio probatorio realmente será útil para el proceso. Debemos recordar que lo oral prima sobre lo escrito, y que si algo no fue incluido en mi sustento oral, podría eventualmente ser considerado por el juez como poco relevante. En todo caso, más allá de la obligación del juez de conocer el proceso, las partes y sus abogados, tienen que asegurarse de una adecuada valoración de las pruebas ofrecidas.

Por último, en la línea expuesta la NLPT establece la obligación del juez de dirigir la actuación probatoria bajo las reglas fundamentales de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal, otorgándole facultades que implican la sanción de conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad (art. 24).

4. La emisión del fallo

De acuerdo a lo señalado en el artículo 47 de la NLPT, "finalizada la actuación probatoria, los abogados presentan oralmente sus alegatos. Concluidos los alegatos, el juez, en forma inmediata o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, hace conocer a las partes el fallo de su sentencia. A su vez, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para la notificación de la sentencia. Excepcionalmente, por la complejidad del caso, puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia".

Como puede apreciarse, de acuerdo a las reglas actuales, el fallo resolutorio debe ser emitido casi de manera inmediata. Es más, si bien existe la posibilidad de que ello se pueda diferir a cinco días de la audiencia de juzgamiento, es claro que ello es excepcional, y debería estar limitado a supuestos en que haya que hacer algún tipo de comprobación adicional y de alta complejidad. La regla es que se resuelva acabada la audiencia o una hora más tarde.

En la realidad, sin embargo, la práctica se viene haciendo la regla. En efecto, cada vez es más común que el juez difiera el plazo de la emisión del fallo, ampliándose incluso, sin aviso previo, el plazo de cinco días establecido en la NLPT. Tal situación viene constituyéndose en una amenaza para las virtudes de la reforma. En todo caso, queda la esperanza que se trate de una situación coyuntural derivada de la carga procesal que actualmente se afronta, y que se superará con la creación de nuevos juzgados o alguna decisión jurisdiccional al respecto.

Lo cierto es que el malestar que genera la demora en la entrega de la sentencia, puede verse disminuido, por lo menos en algo, con la emisión del fallo en el plazo correspondiente. Es decir, para el usuario del proceso resultará menos frustrante esperar la notificación de la sentencia con sus fundamentos, conociendo el fallo (decisión sobre la materia en discusión).

En todo caso, no puede dejarse de reconocer que, más allá de este impase coyuntural, la situación es un claro avance en relación a lo que sucedía en el proceso anterior, en el que si bien solo existía una audiencia, la misma podía verse dilatada y constituirse hasta en cuatro o cinco actos, dependiendo de las pruebas ofrecidas. Recuérdese que, a diferencia de lo que sucede en el proceso actual, en el cual las partes deben llevar a sus testigos y peritos a la audiencia (art. 21 de la NLPT), en el proceso anterior, el juez, a pedido de la parte, se hacía cargo de ello, para lo cual además, debía primero evaluar la admisión o no del medio probatorio. Una vez concluida toda esa compleja actuación de medios probatorios, que además, en el caso de las declaraciones de parte y testimoniales, se basaba en los pliegos de preguntas presentados por las partes (con lo cual no estaba asegurado que el juez conociera el proceso), se pasaba a la etapa de sentencia, que en una estructura como esa podía tomar varios meses o incluso años.

En el nuevo procesal laboral peruano, acabada la audiencia de juzgamiento, el juez debería estar en aptitud de resolver la materia en discusión, y eso ya de por sí justifica la reforma.

VI. COMENTARIO FINAL

Sin perjuicio de los ajustes que deban realizarse o las discusiones que deban cerrarse, la oralidad permite hoy un proceso más célere, más económico, con mayor inmediación, y a partir de todo ello, más justo. Ello es posible, no solo por los plazos establecidos en la ley (que también existían en el proceso anterior), sino fundamentalmente por la estructura y las reglas procesales actuales. Sin duda, en ello radica el verdadero papel otorgado a la oralidad.

LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA LIBERTAD SINDICAL EN AMÉRICA LATINA: LOS PLANOS ORGÁNICO Y TUTELAR

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS[1]

I. MARCO DE REFERENCIA

A la luz de la dimensión del tema, y con la finalidad de partir de un marco general de referencia, comenzaremos por presentar las líneas medulares en que asentamos nuestra reflexión, para luego ingresar al análisis concreto de las diversas manifestaciones de la intervención estatal en los planos orgánico y tutelar.

La **primera línea medular** es que la libertad sindical, que no es más que la condensación jurídica de la tutela colectiva, es una institución multifuncional y caleidoscópica que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder. En tal sentido, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho, en un instrumento clave de equilibrio social y económico, en la medida en que le permite cumplir un fin central: la consecución de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial.

Sin embargo, en la actualidad hay corrientes especialmente agresivas, sobre todo en los países más liberales como Chile, Colombia o Perú, que venden la idea de que este derecho fundamental es una antigualla, una pieza de museo a la que habría que jubilar de una buena vez por inútil. Para responder esta pregunta

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

hay que buscar referencias en las opiniones de los que se encuentran en las atalayas más elevadas. No cabe ninguna duda de que los veinte destacados académicos que forman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentran en tal élite y tenemos la suerte de contar con el recientísimo Estudio General sobre los Convenios Fundamentales, que presentaron en junio del año pasado en cuyo primer párrafo referido al CIT 87 afirman:

> "La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso, dotado de un contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas, tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y en favor de la igualdad que beneficien a todos. La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder" (OIT, 2012, p. 17).

Qué duda cabe que el maestro Óscar Ermida Uriarte también es un referente obligado y en su último trabajo afirmaba rotundamente que:

> "es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada o el descanso semanal o el derecho de vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento –y sobre todo el ejercicio– de la libertad sindical si tiene esa potencialidad creativa de los otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo" (Ermida, 2012, p. 36).

Como **segunda línea medular**, debemos apuntar que estamos ante un derecho muy complejo insuperablemente descrito por Romagnoli cuando afirma que:

> "la libertad sindical es una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a

> la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno del mismo. Engendra el derecho de los individuos a ejercitarla (la así llamada libertad positiva) junto a la de no ejercitarla (libertad negativa) y los derechos del sindicato a la vez que los derechos de los representados dentro del sindicato y respecto de él" (Romagnoli, 2006, p. 18).

Involucra, por lo tanto, distintos binomios indisolubles, individual/colectiva, positiva/negativa, de organización/de actividad, que debemos tener presente pero sin perder de vista que se nos ha solicitado que el centro de la exposición repose en las dimensiones orgánica y tutelar.

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistémica: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia. Por lo tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (auto-organización, auto-regulación y auto-tutela) no solo son inescindibles sino que deben poder materializarse efectivamente, ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no solo de sus tres patas sino también de que ninguna sufra restricciones sensibles. Entonces, a pesar de que a pedido de los organizadores el foco va a estar centrado en el ámbito orgánico, habrá más de una ocasión en la que nos referiremos a sus otros dos componentes esenciales, porque en realidad la parte orgánica o estática de la libertad sindical tiene una función de soporte del objeto de la tutela colectiva, que es la actividad de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Como **tercera línea medular** queremos dejar sentado que el rol del Estado frente a la libertad sindical ha sido y sigue siendo no solo diverso, sino que es una tradicional zona sísmica del Derecho del Trabajo, para usar los términos de Veneziani (1992, p. 67), con movimientos permanentes de fronteras. En virtud de lo expuesto, hay modelos de *abstention of law* y modelos fuertemente intervencionistas, siendo el signo de la presencia estatal también variado, puesto que puede ser restrictivo o promocional, existiendo, por cierto muchas variedades intermedias o mixtas.

La definición del rol del Estado en materia de libertad sindical no depende de la opinión de nadie, por importante que sea, y no es una materia de libre disposición para quienes ejercen el poder. El rol del Estado lo debemos encontrar, en primerísimo lugar, en las normas constitucionales, habida cuenta que la llegada del siglo XXI puede verse un periodo de sustitución de nuestros Estados Legales

de Derecho o "legicentristas" –para utilizar la expresión de Prieto Sanchís (1998, p. 16)–, por los respectivos Estados Constitucionales de Derecho, con todo lo que ello significa en el ámbito de un fuerte proceso de revisión de todas las disciplinas jurídicas, que tienen que pasar ahora por el tamiz de la norma suprema y su fuerte impronta en materia del principio de *fuerza inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales* (Hesse, 1995, p. 57).

En este contexto, partamos de la constatación de que estamos ante un derecho fundamental unánimemente reconocido por las constituciones latinoamericanas, y ello trae consigo necesariamente un conjunto de garantías negativas, dirigidas a la remoción de todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio y positivas, que implican la necesaria actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad y que así este derecho pueda cumplir la finalidad para la que ha sido concebido; garantías que llevan a revisar toda la actuación estatal en clave promotora, no solo legal y no solo de libertad sindical, dado que hay muchas normas precarizadoras que impactan directamente en la libertad sindical que también deben ser revisadas.

A mayor abundamiento, la esfera positiva tiene además, mandatos explícitos en diversas constituciones latinoamericanas en los que se ordena garantizar o promover el derecho a organizarse en sindicatos a quien ejerza el poder público (art. 159 de la Constitución de Bolivia, art. 326.7 de la Constitución de Ecuador, art. 28.1 de la Constitución de Perú, y art. 57 de la Constitución de Uruguay). A ello habría que agregarle lo dispuesto por el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, ratificado por todos los países latinoamericanos con la excepción de Brasil, que establece la obligación estatal de *adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación*. Y esta confluencia entre normas *internacionales y constitucionales* alrededor de los derechos humanos, es otro de los signos de los tiempos, de gran trascendencia, en la medida en que el valor y la importancia jurídica de tales normas internacionales viene incrementándose no solo entendiéndose como absolutamente exigibles en los ordenamientos internos dado que todos somos monistas, sino porque es cada vez mayor el número de países latinoamericanos que les otorgan rango constitucional, como sucede con Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela o Perú.

Al respecto, hay que indicar que los convenios 87 y 98 son el núcleo duro de la regulación de estos derechos, dado que son los primeros en trascender el ámbito individual para reconocer también la titularidad colectiva y los que regulan con mayor detalle el haz de potestades vinculadas a este derecho. Además de ello, y con los ojos puestos en la intervención estatal en la tutela organización sindical, hay que indicar que las normas aludidas tienen en principio carácter y

dimensiones diversas según se trate del ámbito orgánico o tutelar. En el primer caso, se trata de una regulación dirigida a impermeabilizar la libertad sindical frente a las interferencias del Estado, estableciendo un régimen de autonomía máxima en el nacimiento, configuración y conducción de los sujetos colectivos, con un expreso y correlativo mandato de abstención estatal de cualquier conducta que pudiera limitar la libertad sindical reconocida o entorpecer su ejercicio legal. En cambio, en el plano tutelar, el marco normativo supremo ordena una intervención estatal tuitiva, tan intensa como sea necesaria, dirigida a proteger y facilitar el ejercicio del derecho, librándolo efectivamente de cualquier afectación en sí o en otros derechos laborales, que pueda sufrir un titular concreto del derecho por el hecho de ejercerlo.

A partir de ello, habíamos afirmado que en la dimensión orgánica la regulación internacional resulta prácticamente suficiente en la medida en que estamos hablando de espacios de máxima libertad frente a los cuales esta regulación busca cumplir únicamente una función de resistencia a las injerencias estatales en materia de creación y configuración del sujeto colectivo. En tal sentido, reglamentar el Convenio 87 es casi sinónimo de injerir indebidamente, en la medida en que la regla es que todas las materias están dejadas en manos de la autonomía sindical, salvo, de ser necesaria, una regulación mínima y formal sobre la obtención de la personería jurídica a través de un registro y las reglas de mayor representatividad, que deben ser pocas, sencillas y no dejar lugar a la discrecionalidad.

Sin embargo, ahora tenemos que matizar en alguna medida el mandato de abstención en el plano orgánico, por la irrupción de la globalización y su paradigma de descentralización productiva. La emergencia del empleador novatorio o fungible, o si se quiere el estallido de la empresa tradicional han puesto en jaque a las estructuras sindicales tradicionales, exigiendo su adaptación a la nueva situación. Y para lograr tal fin se requiere más que las iniciativas de auto-reforma sindical en que se encuentran inmersas la Confederación Sindical Internacional y la Confederación de Sindicatos de las Américas. Se necesita que el propio Estado se comprometa con medidas de fomento, estímulo o incentivo que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de organizarse a trabajadores de diversas contratistas, entre ellos o conjuntamente con los de la principal, lo mismo respecto de trabajadores autónomos o parasubordinados que participan en la cadena productiva. Solo así podremos salir del síndrome del 10 % como tope que no podemos superar en ningún país latinoamericano que no sea Argentina, Brasil y Uruguay, que no por coincidencia son los tres países que tienen sindicatos, negociación colectiva y huelga a nivel de rama o sectorial. Del mismo modo que se debe redefinir la figura del interlocutor empresarial para efectos colectivos, de manera que más

allá de la pluralidad de empresas participantes haya una contraparte en la que estén todos los que tienen que ver con las condiciones de trabajo de la cadena, con una predeterminación propia de los pesos en la representación.

En conclusión, si bien hasta hace poco tiempo bastaba con una mirada solo de garantías negativas, la situación de emergencia que vivimos nos conduce a plantear la necesidad de actuación estatal promoviendo formas de organización y actuación sindical que puedan permitir hacer frente al empresario difuso trastornando los postulados clásicos del Derecho del Trabajo y no solo en materia colectiva.

Como **cuarta línea medular**, debemos indicar que en la realidad los países latinoamericanos, con la honrosa excepción de Uruguay, manejan una lógica invertida respecto de las estipulaciones constitucionales que acabamos de tratar. Es decir, por regla general intervienen donde no deben y con un sentido contrario al mandado, pues han visto ordinariamente al sindicato como un sujeto bajo sospecha, al que hay que delimitarle muy claramente el estrecho campo en el que puede moverse, generando un modelo de relaciones laborales fuertemente intervenido pero con un claro signo restrictivo. Son muchas normas limitativas en las esferas de autonomía y muy pocas en las de tutela.

Las causas de esta situación son diversas y han sido ampliamente tratadas por la doctrina, y han dado origen a modelos muy descentralizados, que tienen a la empresa como eje, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, con una afiliación mínima que se ha visto además muy afectada por la descentralización productiva. Por estas razones, la conclusión principal de los debates de auto-reforma de la CSA indican que el principal empeño debe ser cambiar la tutela colectiva de empresa por la supraempresarial (rama, grupo de empresas, empresas en red), con las articulaciones que haga falta, pero con una mucho mayor cobertura y fuerza, habida cuenta del peso de la micro y pequeña empresa en nuestros países. Tema que no es nada fácil porque el status quo beneficia ampliamente al empresariado, cuya fuerza se ha visto muy acrecentada en las últimas décadas, al punto que están poniendo un jaque fuerte a la OIT en materia de huelga.

En este marco, además, tenemos todavía como asignatura pendiente el tránsito de un modelo intervencionista y restrictivo, a un modelo democrático de relaciones laborales, donde la presencia estatal deje el máximo espacio a la autonomía sindical, como esfera de auto-organización, y a la autonomía colectiva, como esfera de regulación y gobierno de las relaciones laborales, y siente presencia activa a través de un conjunto de garantías eficaces para el ejercicio de la actividad sindical individual y colectiva.

Esta tarea es tan ardua como urgente y hay que llevarla a cabo, ya se ha dicho, en medio de la vorágine de cambios introducidos por la globalización, la revolución tecnológica y los nuevos paradigmas de organización del trabajo, pero no hay que temerle ni correrle, porque así como la crisis económica ha sido una compañera histórica de nuestra disciplina, los cambios en la estructura y en la organización productiva también son permanentes y hay que ir tratar de ir dándoles respuesta metidos en el ojo mismo de la tormenta. No nos sirven las "posiciones inmovilistas" ni las que lo consideran al sindicato como una pieza de museo. En todo caso, sobre todos estos temas Palomeque recientemente ha dicho con autoridad que "los problemas han cambiado naturalmente, pero la necesidad de que la ordenación jurídica de las relaciones laborales adapte su respuesta compensadora de desigualdades al tiempo presente y a sus nuevos desafíos sigue siendo una exigencia permanente", razón por la cual "la revitalización del sindicato y del sindicalismo como instrumento imprescindible para la tutela colectiva de los trabajadores y el progreso social del siglo XXI, también en las sociedades complejas contemporáneas, sigue siendo un objetivo inaplazable para la consecución de un sistema social cada día más libre y más justo" (2010, p. 29).

Como **quinta y última línea medular** debemos señalar que es más o menos común encontrar en las normas latinoamericanas que los derechos de creación y configuración de los sindicatos debe hacerse libremente pero "con la condición de sujetarse a la ley", para decirlo en los términos del artículo 212 del Código de Trabajo de Chile.

Esta situación ha sido aceptada como expresión del *sentido común* relativo a que el ejercicio de cualquier derecho solo puede ser amparado cuando se ejerce conforme a derecho, en su versión doméstica. Y en nombre de tal *sentido común* las muchas legislaciones latinoamericanas establecen regulaciones que colisionan reiteradamente con las normas del Convenio 87 y que se aplican por encima de cualquier enjuiciamiento de validez. Hemos de decir al respecto, que esta situación no puede ser aceptada por los propios términos del artículo 9 del Convenio 87, que señalan:

> "Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.
>
> La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio".

Hay que prestarle especial atención al segundo párrafo que viene a decirnos que así como hay que respetar la legalidad, esta debe respetar en su texto y en su aplicación las garantías previstas en el propio convenio. No estamos, pues, ante un mandato unidireccional de respeto de la legalidad, sino de uno bidireccional que conlleva un doble condicionamiento entre el ordenamiento nacional originario y el que tiene origen internacional pero se incorpora como norma interna a partir de la adopción del monismo como teoría adoptada unánimemente en América Latina.

Ello, además, viene absolutamente respaldado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando, tras establecer que los países deben cumplir de buena fe los tratados que ratifican (art. 26), agrega que no cabe alegar ninguna norma interna para justificar el incumplimiento de un tratado en vigor para un país (art. 27). Por lo tanto, debe quedar totalmente claro que la regla es en principio la contraria: la legalidad está en la obligación de respetar el tratado sin menoscabo de que en el ejercicio de los derechos involucrados se respete el ordenamiento jurídico en general; muestra de ello son los innumerables pronunciamientos de los órganos de control de la OIT respecto de leyes que infringen los derechos o su ejercicio a través de normas legales.

II. LA INTERVENCIÓN DEL SINDICATO POR LA LEY EN EL PLANO ORGÁNICO

Si tuviera que resumir en una frase este tema diría que este es el reino de la autonomía sindical, entendida como una esfera autárquica, no interferida, de autodeterminación, a partir de la cual un colectivo laboral da origen a un sujeto colectivo destinado a defender sus intereses y lo configura en un entorno de máxima libertad. Con explícita prohibición al Estado de cualquier intervención dirigida a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio. Estamos, pues, en los ámbitos constitutivo y fisiológico, que vamos a presentar ordenados en dos bloques: la libertad de constitución, y la autonomía sindical propiamente dicha, que engloba a las libertades de reglamentación, de representación, de federación, de gestión y de disolución.

Alrededor de la libertad de constitución, hay diversos temas en donde la intervención estatal está presente: titularidad, tipología sindical y formalidades para el surgimiento del sujeto que pasamos a abordar a continuación.

1. Titularidad universal bajo mínimos

La titularidad de este derecho resulta la más amplia posible en la medida en que el artículo 2 del Convenio 87 lo reconoce a los trabajadores "sin ninguna distinción", lo que significa que se reconoce el derecho a todos los trabajadores, con la sola excepción planteada por el artículo 9, que permite que los estados determinen el nivel de aplicación del convenio a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En América Latina la cuestión no es así, puesto que hay regulaciones nacionales que excluyen a magistrados, fiscales, defensores públicos, personal de dirección o de confianza, aprendices, migrantes, trabajadores del sector informal, autónomos. El tema más delicado se presenta cuando son las normas constitucionales las que amplían el rango de las exclusiones, como sucede en Venezuela, Honduras o Perú, pero allí tenemos argumentos de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional que conducen a entender la primacía del Convenio 87, de un lado, el juego combinado de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que disponen, como no podría ser de otra manera, el cumplimiento de buena fe de los tratados que ratifican, sin poder recurrir a normas internas para justificar su inobservancia, y, de otro lado, porque las reglas de interpretación de los derechos (comenzando por el principio pro persona) conducen a darles la máxima amplitud y la mínima restricción, y con lo que cae por su propio peso un principio muy laboral, que es el de preferir la norma más favorable. Finalmente, también hay constituciones como Colombia o Perú que tienen la cláusula de interpretación del alcance de los derechos de conformidad con los tratados, tomada de la Constitución Española, que ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana justamente para eliminar restricciones constitucionales que afectaban al tratamiento internacional de un derecho.

De lo dicho, se puede concluir que la regla general es que todos los trabajadores son titulares del derecho y que esta dimensión universal "debía considerarse un principio general cuya única excepción autorizada es la prevista en el párrafo 1 del artículo 9" como lo reconoce la CEACR (OIT, 2012, p. 23, pár. 63), es decir, que las únicas categorías que pueden ser excluidas son los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, de allí que cualquier intento legal de ampliar estas restricciones carece totalmente de validez jurídica. Ni qué decir, entonces, de las exclusiones legales de los trabajadores agrícolas (Bolivia), públicos, de explotaciones agrícolas o ganaderas con menos de 10 asalariados (Honduras), servidores públicos que no son de carrera y los de libre nombramiento (Panamá), magistrados o de los trabajadores de modalidades formativas (Perú) establecidos en Bolivia, Honduras, Panamá, Chile o Perú.

Además de las normas que establecen exclusiones directas de ciertas categorías de trabajadores, el Estado constriñe la titularidad de la libertad sindical a través de las normas que establecen los requisitos necesarios para poder crear la organización. El listado es diverso y ha merecido numerosos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Así, por ejemplo, las exigencias legales de tener relación laboral vigente o haber superado el periodo de prueba, ser trabajador estable o no estar afiliado a otro sindicato, han sido cuestionadas por tales órganos en cada ocasión que han sido vistas.

En este campo, tiene la máxima relevancia el requisito de un número mínimo de adherentes para crear una organización sindical. Las exigencias van desde los 8 trabajadores de Chile hasta 40 en Panamá, a nivel de empresa, pero llega hasta los 300 en Paraguay si se quiere constituir un sindicato de rama de industria, siendo que la mayoría de países se ubica en el rango que va entre 20 y 30 para la constitución de un sindicato de empresa. Si combinamos este requisito con dos datos relevantes –el 78 % de los trabajadores ocupados en la actividad privada de la región presta servicios en empresas con menos de 20 trabajadores; y, las leyes han impuesto la negociación colectiva a nivel de empresa– tendremos como resultado que de un solo golpe, 8 de cada 10 trabajadores latinoamericanos queda en la realidad fuera de la posibilidad de ejercer su derecho de libertad sindical.

A esta conclusión se la podría cuestionar indicando que quienes presten servicios en pequeñas empresas podrían constituir una organización supraempresarial, con lo que formalmente no habría afectación porque esta posibilidad está abierta en muchos de nuestros regímenes legales. No obstante, la situación es otra, y aquí vuelve a hacer su aparición el elemento dinámico o de actividad de la libertad sindical, que nos lleva en muchas ocasiones a salir del ámbito organizacional para tener una apreciación cabal del tema. Resulta que en América Latina, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, la única negociación colectiva que tiene amparo legal es la que se lleva a nivel de empresa, y en consecuencia las organizaciones supraempresariales no tienen derecho de huelga. Bajo tales reglas, la creación de una organización que tiene mutiladas sus posibilidades de actuación más esenciales carece del más mínimo interés y, por lo tanto, opera la tremenda reducción de la titularidad de la libertad sindical que plantea la imposición de un número mínimo de afiliados. Y la solución no pasa por reducir el número mínimo y punto. Esto ha sucedido en países como Chile que ya está en 8 trabajadores y, como se sabe, el problema continúa, porque la atomización excesiva de la tutela colectiva solo favorece al estatus quo. Por ello, la crítica fundamental no se centra en el número mínimo como un tema formal únicamente, sino que va de la

mano del otorgamiento del monopolio negocial y del conflicto con cobertura legal al ámbito empresarial.

La conjunción de todos estos elementos es la que tiene los resultados tan negativos, por lo que la solución pasa por tocar los tres engranajes del complejo mecanismo de tutela colectiva cambiando el paradigma de las relaciones colectivas al nivel interempresas, para que como sucede en Argentina, Brasil y Uruguay, podamos tener una tutela colectiva amplia y poderosa. Este tema ya nos comienza a introducir en temas estructurales que se ven a continuación.

2. Tipología sindical amplia y plural formalmente, aunque super condicionada (descentralizada) vía estructura negocial

Uno de los temas clave de la dimensión orgánica es la determinación del tipo de sindicato que se puede constituir. Al respecto, hemos de señalar que esta facultad tiene una enorme amplitud, ya que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir "las organizaciones que estimen convenientes", es decir, cualquiera: de obreros o empleados, del Sector Público o Privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local, provincial, regional o nacional, etc. Por lo tanto, podemos concluir con facilidad que en este terreno la intervención del Estado está restringida como máximo al establecimiento de listados abiertos o ejemplificativos alrededor de los tipos de sindicatos más comunes, invalidándose cualquier intento de determinar legalmente la estructura sindical.

Si bien el universo organizativo es prácticamente inagotable, en la realidad, la agregación y defensa de intereses que subyace a la forma sindical ha llevado a que los ejes a partir de los cuales se organizan los trabajadores sean: la empresa, el funcional (profesional o sectorial) y el territorial. Así sucede en las distintas tipificaciones legales en América Latina, en donde lo común es la referencia tipológica a la empresa, el sector y la categoría o profesión, lo que debe entenderse como una intervención meramente indicativa, ya que de otro modo su validez estaría en cuestión. Y los efectos de tal universalidad no se quedan en la elección del tipo de sindicato, sino que incluyen la posibilidad de que en un ámbito determinado pueda crearse más de una organización. Ello ha dado lugar al surgimiento de tres categorías: unicidad, unidad y pluralidad sindical. *Unicidad sindical,* cuando el Estado ha impuesto la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito. *Unidad sindical, y pluralidad sindical,* cuando se da la posibilidad real de constituir una o más de una organización sindical

en cada ámbito. Desde el punto de vista jurídico se puede afirmar sintéticamente, que *la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible.*

En América Latina hemos tenido y tenemos todavía diversos regímenes de unicidad sindical, cuyas expresiones más paradigmáticas las encontramos en Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras y Argentina). En los casos de Bolivia (art. 103 de Ley General del Trabajo) o Guatemala (art. 215 c), la ley impone como requisito para constituir un sindicato de industria que agrupe al menos al 50 % de los trabajadores, con lo que solo se puede constituir uno. En tanto que el caso de Honduras (art. 472 del Código de Trabajo) es todavía más atípico puesto que la norma dispone que "dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de empresa o de base de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión". En el supuesto argentino, el mecanismo es más sofisticado pero tiene al final de cuentas los mismos efectos: otorgamiento de personería gremial al sindicato mayoritario, lo que afecta medularmente al resto porque de ella se derivan de manera exclusiva prácticamente "todas las facultades relevantes que son propias de condición sindical", para decirlo en los términos de Goldín (2009, p. 182). El Poder Judicial está produciendo un cambio significativo en este tema.

Finalmente, en este campo hay dos temas muy relevantes, el primero está referido al hecho de que el establecimiento legal de "unidades apropiadas de negociación colectiva" influye de manera determinante en la estructura sindical, de modo que si el Estado impone el nivel de empresa, tendremos un predominio de los sindicatos correlativos, y lo mismo sucede cuando se impone una negociación sectorial o por categoría. Es muy difícil encontrar un incentivo mayor para organizarse que la posibilidad real y efectiva de pactar colectivamente las condiciones de trabajo, por lo que los sindicato sectoriales o supraempresariales son escasos en la América Latina que, con la excepción de Argentina, Brasil y Uruguay, tiene establecidas legalmente estructuras negociales de empresa. Por lo tanto, nuestros legisladores sabían que podían ser generosos en el tipo de sindicatos a constituir y absolutamente cerrados en la definición de la unidad negocial (la empresa), pues la estructura negocial legalmente establecida determina la estructura sindical. No vamos a abundar en este tema, que será objeto de las próximas jornadas, pero no podemos dejar de apuntarlo, porque tiene consecuencias gravitantes en el ámbito fundacional o constitutivo.

El otro tema, tiene que ver con el impacto y los retos que está planteando el paradigma actual de descentralización productiva a las relaciones colectivas que ya se mencionó. En este terreno, debemos señalar que la cobertura del artículo 2 resulta suficientemente amplia como para que la respuesta organizativa pueda ser dada, en la medida en que se pueden constituir las organizaciones que se estime convenientes, de varias contratas, conjuntamente con la principal, incluyendo a autónomos o parasubordinados que participan de la cadena productiva, etc. Empero, esta respuesta resulta insuficiente, por lo que en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua, las respuestas estatales pueden articularse en torno a: i) La recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

Para ello, hay que dejar de lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador. Hay que hacer coincidir nuevamente las nociones de empleador y empresa, adecuando la primera a la titularidad de la organización productiva en la que la prestación del trabajador se inserta. Esto nos conduce necesariamente a un ámbito supraempresarial en el que incluso cabría la articulación de otros niveles de negociación simultáneos dependiendo de la materia, permitiría tomar en cuenta todos los intereses en juego, de la contratista, principal, y los trabajadores involucrados. Aquí, siguiendo a Supiot, se requiere una explícita intervención estatal que posibilite que la tutela colectiva se acople a la compleja estructura institucional que adopta el empleador (2001, p. 690 y ss.). Y este no es un tema baladí, puesto que está en juego nada menos que un contrapeso básico del Estado Social de Derecho.

Revisitar los derechos colectivos.

3. El plano formal: registro sindical y personería jurídica con problemas

La intervención del Estado en el campo de las formas viene especialmente tratada en el artículo 2 del Convenio 87 cuando dispone que los trabajadores puedan constituir sus organizaciones "sin autorización previa del Estado"; lo que se traduce en un expreso reconocimiento de que no es posible subordinar la constitución de los sindicatos al poder discrecional del Estado. No obstante, hemos de reconocer que este distanciamiento del Estado no significa que no pueda exigir una serie de formalidades con fines de publicidad, verificación de la identidad del grupo y protección de terceros; aunque sí importa, como correlato, que tales procedimientos no introduzcan directa, indirecta o transversalmente tal autorización. Al respecto, la Comisión de Expertos afirma que "si bien el reconocimiento

oficial, a través del registro legal, es un aspecto relevante del derecho de sindicación, dado que es la primera medida que deben adoptar las organizaciones de trabajadores y de empleadores para desempeñar sus funciones eficazmente, el ejercicio de actividades sindicales legítimas no debe depender de la inscripción en el registro" (OIT, 2012, p. 32, pár. 83).

En los países de América Latina, con la excepción de Uruguay, la legislación ha impuesto el registro de los sindicatos a los efectos de la obtención de la personalidad jurídica, radicando el procedimiento en la autoridad administrativa de trabajo y exigiendo que se presenten el acta de constitución, la nómina de afiliados y los estatutos de la organización. Además, en varios países se exige una certificación de fe pública del acto de constitución (Chile, Perú), debiendo resaltarse que se ha avanzado mucho en el diseño de registros prácticamente automáticos, que han ido pasando los controles de la OIT salvo en los casos de Guatemala (cuyo trámite se sigue considerando muy extenso y complejo), El Salvador, a quien se pidió que eliminara el plazo de seis meses para pedir un nuevo registro cuando se había denegado inicialmente la solicitud y Venezuela, a quien se le solicita que en el procedimiento de registro debe respetarse la confidencialidad de la información referida a la afiliación sindical, "no solo porque dicha información concierne a la vida privada de los trabajadores sino porque su divulgación podría exponerlos a eventuales represalias" (OIT, 2012, pp. 32 y 33, pár. 85).

4. Autonomía sindical mínima

El segundo gran bloque de derechos vinculados a la dimensión orgánica tiene que ver con la configuración y administración del sindicato, que debe llevarse a cabo en un ambiente de máxima autodeterminación e involucra las libertades de reglamentación, representación, gestión, federación y disolución. Para garantizar que así sea, el artículo 3 de la OIT dispone de manera clara y precisa que el Estado debe abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el derecho o entorpecer su ejercicio.

De entrada, debemos indicar que estamos en un ámbito de *autonomía máxima y heteronomía mínima*, reduciéndose las posibilidades válidas de intervención, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, a la imposición del principio democrático y de reglas de transparencia en la administración, señalándose que incluso en esos casos el control tiene que ser necesariamente judicial. Por esto afirmábamos que, tratándose de esferas de amplia libertad, el solo hecho de que el Estado regule el tema ya trae consigo el germen de una intromisión proscrita.

Dentro de todas estas libertades, la más relevante es la de reglamentación dado que será en los estatutos donde se configure el sujeto colectivo, regulándose los temas neurálgicos en materia de ámbito de actuación y representación del sindicato, órganos, reglas electorales, procedimientos de formación de la voluntad del sindicato, régimen de adquisición y pérdida de la condición de afiliados, régimen económico, hasta las reglas de disolución del sindicato. En tal sentido, la libertad de reglamentación contiene en mucho a las demás libertades colectivas, razón por la cual se debe tener un especial cuidado en proteger la libre determinación de cada uno de los temas, quedando invalidados de saque los regímenes que imponen un modelo de estatuto.

En todas las legislaciones latinoamericanas, con la única excepción de Uruguay, se consagra el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos, pero a continuación la legislación invade en enorme medida esta potestad e impone reglas de fondo en cada materia. Resultaría inacabable el recuento de las regulaciones estatales en cada una de las cinco libertades colectivas, pero valgan algunos ejemplos para entender que aquí todos los países latinoamericanos, menos Uruguay, tenemos una asignatura pendiente de la mayor importancia. Valga como muestra elocuente que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) de Perú le dedica al tema 40 artículos, mientras que el Código de Trabajo chileno le dedica nada menos que 90 artículos a la esfera orgánica de la libertad sindical, sin considerar a la negociación colectiva o a la huelga. Estamos muy lejos, nuevamente con la excepción de Uruguay, del respeto más elemental a las potestades de autodeterminación del sindicato y los órganos de control de la OIT nos lo recuerdan cada año.

III. LA INTERVENCIÓN DE LA LEY EN LA DIMENSIÓN TUTELAR DE LA LIBERTAD SINDICAL

Si la consagración jurídica de cualquier derecho no es suficiente para su vigencia real, en el caso de la libertad sindical, esta situación es aún más evidente, dado que como afirmaba Ermida (1987, p. 23) "el buen funcionamiento de las medidas de protección de la actividad sindical, determina la vigencia efectiva de la libertad sindical y especialmente el eficaz desarrollo de la actividad sindical". Por ello, se considera que la regulación de la tutela de la libertad sindical viene a cumplir la función de norma de cierre, dirigida a asegurar la vigencia de este derecho fundamental, sin la cual estamos ante un régimen jurídico incompleto e inoperativo. Se trata, entonces, de un terreno en el que la intervención del Estado es

imprescindible, sobre todo en países con un sindicalismo débil, donde la autotutela cumple esta función incluso en mejor medida que las normas legales, como lo señalaba Kahn-Freund (1987, pp. 276-318).

Ahora bien, las violaciones de la libertad sindical tienen una gravedad acentuada porque generalmente afectan no solo al derecho de libertad sindical, sino también a otros derechos, razón por la cual la doctrina italiana habla de la *pluriofensividad* de las conductas antisindicales, lo que puede graficarse en el despido de un directivo que vulnera no solo la libertad sindical individual y colectiva, sino el propio derecho al trabajo de tal persona. En tal sentido, el eje central de las medidas de protección debe girar fundamentalmente alrededor del desarrollo de actividad sindical, concepto jurídico indeterminado que de alguna manera engloba a todos los comportamientos que tienen como objeto o finalidad la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (Villavicencio, 2010, p. 167 y ss). Y en ellos involucramos, por cierto tanto las expresiones individuales como colectivas de actividad sindical.

Partiendo de lo señalado en los ejes medulares, la intervención del Estado debe girar alrededor del establecimiento de un conjunto de garantías positivas dirigidas a proteger y facilitar su ejercicio efectivo. Gracias al juego combinado de los convenios 87 y 98 podemos tener una importante claridad respecto de los alcances subjetivo, objetivo y temporal de la protección, quedando pendiente para cada país el desarrollo de los mecanismos preventivos, sancionadores, reparatorios y procesales que permitan cerrar la enorme brecha entre Derecho y realidad que se da en torno a este terreno.

Siguiendo la letra del artículo 1 del Convenio 98 podemos decir que la protección debe alcanzar a cualquier trabajador en la medida en que lo que se tutela es el ejercicio del Derecho. Al respecto, a mediados del siglo pasado, surgió en América Latina el fuero sindical como mecanismo preventivo dirigido a proteger a los trabajadores más expuestos (dirigentes sindicales) del perjuicio mayor (el despido) y esta protección ha ido ampliándose subjetiva y objetivamente, aunque sin mucha fuerza en la mayoría de países latinoamericanos que todavía conservan el fuero sindical para los dirigentes sindicales y ni siquiera para todos, como es el caso de Chile o Perú. Habría que insistir en que si lo que se protege es el ejercicio del derecho de libertad sindical, no hay razón alguna para que se excluya a algún trabajador de la tutela, dato que justifica la universalidad subjetiva que plantea el artículo 1 del Convenio 98 al referirse en todo caso a los trabajadores.

Asimismo, el artículo 2 del citado convenio nos permite señalar que la protección se plantea contra cualquier acto de discriminación que sufra un trabajador

en función del desarrollo de actividad sindical, lo que tiene enorme trascendencia porque las transgresiones de la libertad sindical son de una diversidad tal que pueden considerarse como un fenómeno "estructuralmente atípico" (Treu, 1974, p. 254) o "multiforme" (Sanguineti, 1993, p. 78). Tengamos en cuenta que estamos frente a un derecho complejo, susceptible de verse afectado en una multiplicidad de aspectos, y que hay también una pluralidad de agentes dotados de capacidad para interferir en su libre ejercicio desde múltiples direcciones.

En este sentido, se puede señalar que actualmente la tutela de la libertad sindical se materializa frente a *cualquier transgresión de la libertad sindical*; entendiendo por ella toda práctica, conducta, actividad, injerencia o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar el ejercicio de la libertad sindical. Así lo ha explicitado el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT afirmando que:

> "la protección contra los actos de discriminación antisindical debe abarcar no solo la contratación y el despido, sino también cualquier medida discriminatoria que se adopte durante el empleo y, en particular, las medidas que comporten traslados, postergación u otros actos perjudiciales".

Sobre el tema, la Ley de Asociaciones Sindicales argentina, en su artículo 52, prevé que los representantes sindicales en la empresa no puedan ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa declarada por la autoridad judicial, sujetando tal protección a la condición de que hayan sido elegidos de conformidad con lo establecido en dicha Ley. En el caso de Chile y Colombia esta protección comprende la necesidad de una calificación previa por parte de la autoridad judicial autorizadora del despido, traslado o desmejora del sujeto amparado por el fuero. Lo mismo sucede en Venezuela con la diferencia que en este último país la decisión no está en manos del Poder Judicial sino del Ministerio del Trabajo. Situación diferente se vive en Paraguay, donde la OIT ha resaltado la ausencia de disposiciones legales sobre la protección de trabajadores contra los actos de discriminación antisindical.

En materia de responsabilidad, hay que destacar que nos movemos en un terreno en el que lo que importa es proteger a la libertad sindical, con lo que no interesa si la intención del agresor fue afectarla o no, bastando con que los efectos de la acción hayan vulnerado la libertad sindical, por eso se habla de una *irrelevancia de la culpa* del agente; lo que conduce, como sostiene Garófalo a que el

examen del juez no deba detenerse en una difícil indagación sobre los motivos que han inducido a realizar el comportamiento, sino que deba limitarse a verificar la existencia del comportamiento mismo y a evaluar su idoneidad para lesionar los bienes protegidos (1979, p. 69).

Se trata, pues, de un "ilícito objetivo", en palabras de Treu (1974, p. 127), para el que la culpa del infractor resulta irrelevante, puesto que el fin principal de la protección no es ni la sanción personal (Derecho Penal) ni la obligación de resarcimiento (responsabilidad civil) sino que lo que se persigue es restituir al afectado a la situación anterior a la violación. Ello, evidentemente, tendrá una implicancia directa en el terreno probatorio, puesto que el titular de la libertad sindical no deberá probar sino la lesión de su derecho, evitándole la –muchas veces imposible– carga de demostrar la animosidad antisindical de la conducta cuestionada, garantizando así una mayor efectividad a los mecanismos de tutela.

Tampoco tiene trascendencia la naturaleza del agente infractor, que bien puede ser el sujeto activo típico de estas conductas, el empresario o las organizaciones empresariales, como también pueden serlo el Estado, una organización sindical o cualquier persona, pública o privada, física o jurídica, individual o colectiva: la protección de que venimos hablando se predica respecto de todos los trabajadores que realicen actividad sindical, mientras lo sean y la realicen. Empero, es usual que se establezcan distintos grados de protección según el nivel de involucramiento sindical del trabajador, debido a la menor o mayor exposición a las conductas antisindicales que ello conlleva. En estos casos, es común que esa protección diferenciada venga acompañada de parámetros temporales en los que se protege con especial énfasis a los promotores y representantes sindicales, en tanto están impulsando la creación del sindicato o presentando su candidatura para los cargos representativos, durante su mandato y una vez concluido este, por un periodo predeterminado.

A nivel latinoamericano, la protección de los candidatos ha alcanzado rango constitucional en Brasil y se encuentra recogida, además, en Argentina, Costa Rica, Chile, Panamá, Paraguay y el Salvador. De otro lado, la tutela se extiende más allá del mandato representativo en Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala, Panamá y El Salvador (un año); República Dominicana (ocho meses); Colombia, Costa Rica Chile, Honduras y Paraguay (seis meses); Bolivia y Venezuela (tres meses).

Un tema final que tiene que ver con las prácticas antisindicales –ya no contra el dirigente o afiliado sino contra el sindicato– es la infracción constante de la buena fe negocial por la contraparte, que se traduce en la no entrega de información,

no instalación oportuna, hostilización a miembros de comisión negociadora, prácticas abusivas para dilatar o entorpecer la negociación, etc. En el ordenamiento peruano, ante dichos supuestos cabe la imposición de una multa por parte de la autoridad de Trabajo o también, como recientemente se ha normado, la procedencia de un arbitraje de tipo potestativo (a solicitud de una de las partes). La experiencia nos dice que la imposición de una multa no ha constituido una medida efectiva que fomente la buena fe negocial en la parte patronal, lo que sí ha sucedido con el arbitraje potestativo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ERMIDA, O. *La protección contra los actos antisinidicales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

ERMIDA, O. "Crítica a la libertad sindical". En: *Derecho PUCP*. Lima, 2012.

ERMIDA, O. *Sindicatos en Libertad Sindical*. 4ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

FUERTES, L. "Proyecto ACTRAC-FSAL: las dos fases del proyecto de autoreforma sinidcal". En AA.VV. *Procesos de Autoreforma Sindical de las Américas*. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (GTAS) 2010-2011, FSAL-AS/ACTRAV/OIT, Sao Paulo 2011.

GARÓFALO, M. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale*. Jovene, Nápoles, 1979.

GHEZZI, G., & ROMAGNOLI, U. *Il Diritto Sindacale*. Zanichelli, Bolonia, 1992.

GOLDÍN, A. "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Nº 128, 2009.

HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995.

KAHN-FREUND, O. *Trabajo y Derecho*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

OIT. *Estudio General Sobre los Convenios Fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia Social para una globalización equitativa*. OIT, Ginebra, 2008.

PALOMEQUE, M. Carlos. "El sindicalismo el siglo XXI y sus objetivos en transformación". En: AA.VV. *Hacia un sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010.

PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III/Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

ROMAGNOLI, H. "El renacimiento de la palabra sindicato". En: *Revista de Derecho del Trabajo.* Nº 2, 2006.

SANGUINETI, W. *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SUPIOT, A. *Revisiter les droits d'action collective*. Droit Social(7/8), 2001.

TREU, T. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Franco Angelli, Milán, 1974.

VENEZIANI, B. *Stato e autonomia collettiva*. Cacucci Editore, Bari, 1992.

VILLAVICENCIO, A. *La libertad sindical en el Perú*. OIT-OSRA, Lima, 1999.

VILLAVICENCIO, A. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, OIT y PUCP, Lima, 2010.

ACERCA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO

LUIS VINATEA RECOBA[1]

"Si defiendes un caso hazlo con una convicción tal que si lo pierdes, la gente se convenza de que se está cometiendo una gran injusticia". La frase la anoté mientras me preparaba para mis primeras experiencias profesionales con la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, norma creada a iniciativa de Mario Pasco y en cuya redacción inicial participé a propuesta suya. No recuerdo su origen ni su autoría; simplemente la anoté porque me pareció inspiradora.

Siempre he sido enemigo de este tipo de frases especialmente en el ámbito del Derecho, pues suelen darle a nuestra profesión ese tinte señorial y romántico del que le es tan difícil desprenderse y al que se acude para ocultar muchas cosas que distan de lo que frases como aquella postulan. Pero debo reconocer que esta me impactó y me ayudó a comprender cómo en mi condición de abogado, debía emprender la defensa de un caso. También noté que si uno actuaba haciendo lo que ella decía era muy difícil perder un caso. Y si ello ocurriese, cosa que por supuesto a mí me ha pasado, también servía no para poner remedio al desconsuelo, sino para animarse a revertir ese resultado.

Esto último me gustó porque siempre he creído que uno nunca debe darse por vencido.

Así que la frase encierra, al menos para mí, varias cosas importantes y este artículo trata de explicar por qué lo son y cómo se desprenden de esa frase. Para

(1) Profesor de Derecho Laboral y Procesal Laboral en las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Piura. Socio de Miranda & Amado Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ratificar tal importancia, voy a desmembrar la frase y usar sus partes como estructura para la elaboración de este artículo.

Rendir homenaje a Mario Pasco me parece una buena razón para dejar escrito lo que pienso acerca de la defensa judicial, que es algo a lo que me dedico. Sé que Mario veía la defensa judicial en forma similar a como la frase que da inicio a este artículo señala; es decir, la veía como el ejercicio de la defensa regido por la convicción, de manera que él probablemente se sentiría identificado con algunas de las cosas que aquí digo. Así que de esta manera, comenzando mi artículo con una frase que creo que él suscribiría, me sumo al homenaje que le organiza la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ASUMIENDO LA DEFENSA DE UN CASO: "SI DEFIENDES UN CASO…"

Pienso que asumir la defensa de un caso es esencialmente un compromiso. Un compromiso no solo con una posición sino un compromiso de trabajo, por lo que el requisito imprescindible es el convencimiento en la posición que se va a defender, porque a ella se dedicarán grandes esfuerzos y no hay nada menos inspirador que trabajar en lo que no se cree. Si uno no está convencido de un caso, no debería tomarlo. No solo por una cuestión de integridad, sino por una cuestión de estrategia.

En mi experiencia, la adquisición de convicción ha sido clave para decidir si tomo o no un caso, porque ella al resumir el proceso de indagación, de análisis y de argumentación que luego tendré que plantearme en el proceso para convencer al juez de la posición que estoy defendiendo, de *mi* posición, me ha permitido visualizar a qué y contra quién me voy a enfrentar. Y esto es fundamental porque sin un ideal –fruto de la convicción–, sin un norte, no es posible avanzar. La convicción inspira a quien la tiene y a quienes tienen que trabajar en la defensa de un caso; por lo tanto, sirve de guía.

Por ello pienso que la adquisición de convicción permite a quien va a defender un caso, imaginarse "qué le deparará el futuro" con relación a ese caso en particular. Y habiendo hecho un ejercicio como ese, no es nada sencillo involucrar a un equipo de personas en la defensa del caso si no estamos convencidos de lo que estamos haciendo. Es que este ejercicio predictivo permite imaginar lo que habrá que hacer para organizar el trabajo; para motivar a un equipo, para sensibilizar al cliente y, lo más importante, lo que habrá que hacer para convencer a

quien tenga que decidir nuestro caso. De manera que si no estamos convencidos del resultado, más difícil será dirigir cada una de las etapas del proceso que apretadamente acabo de describir.

Insisto, adquirir convicción en un caso es un ejercicio en el verdadero sentido del término: hay que tomarse el tiempo de investigar los hechos, hacerse una representación de los mismos, medir su verosimilitud, contrastar versiones, escuchar, observar, intuir, discutir, etc. También hay que analizar los hechos, pensar y reflexionar acerca de ellos. Luego hay que verificar si ellos pueden comprobarse (o probarse). Posteriormente deben –los hechos– relacionarse con una regla jurídica, lo que implica análisis e interpretación legal y el resultado de todo eso se debe convertir en una convicción. Se trata de un ejercicio serio, inicial e indispensable, porque luego vendrá otro más complicado, que es trabajar en la preparación de la defensa misma y otro más complicado aún, que es defender el caso y convencer a un juez o a un árbitro de la posición sostenida.

De modo que estar convencido de una posición y defenderla no es solo una cuestión moral; es un insumo esencial para guiar el trabajo posterior. Es, como decía, una cuestión estratégica. Yo lo he entendido así. Creo que el valor de la estrategia no está en diseñarla sino en dirigirla e implementarla. Y para eso se necesita inspirar y la manera más efectiva de lograrlo es por medio de la convicción.

Por supuesto que aun estando convencidos nada puede garantizar que nos den la razón y que las cosas vayan a salir como queremos. Pero dependiendo de si somos o no rigurosos en adquirir convicción acerca de una posición, es posible que como dice la frase inicial, evidenciemos ante todos que en nuestro caso se está cometiendo una gran injusticia. Esa impresión no solo servirá para juzgar a quien decidió, sino para juzgar nuestro propio trabajo y para motivar a quienes deberán hacer lo necesario para revertir el resultado.

II. TRABAJANDO EN EL CASO: "SI DEFIENDES UN CASO HAZLO CON…"

Trabajar en un caso guiado por la convicción es una manera de actuar según un plan establecido y con un objetivo concreto. Para defender un caso con convicción hay que haber trabajado guiado por la convicción, de manera que preparar la defensa depende precisamente de ello.

Trabajar con convicción significa ser exhaustivo y eso en la defensa de un caso, al menos para mí, significa preguntarse muchas cosas y relacionarlas todas entre sí. Esto me lleva a preguntarme dónde litigaré, en qué ámbito, bajo qué reglas, etc. Por ejemplo, en un proceso laboral preguntarme acerca del contenido e interpretación de las normas sustantivas o el conocimiento de las prácticas usuales del distrito judicial competente para resolver el proceso suele ser el inicio de esa reflexión. En segundo lugar, preguntarme qué tanto sé de casos como el que voy a asumir o qué experiencia tengo en ellos, puede ser otra manera de enfocar las cosas. Y, en tercer lugar, preguntarme qué tanto sabe la otra parte de casos como el que voy a ver y qué experiencia podría haber tenido, son cuestiones que no dejo de plantearme.

Luego de haber conformado un equipo de trabajo adecuado para la atención del caso, sigo un orden sencillo. En **primer lugar** analizo el entorno en el que se resolvería el caso que estoy por asumir. Los alcances de ese análisis pueden ser muy amplios o reducidos, dependiendo de la materia que va a ser objeto del litigio. Pero en términos generales tal análisis me lleva a reflexionar, conocer u obtener información acerca de cuestiones como los hechos del caso y los que lo rodean. No me refiero a una descripción de los hechos sino a una reflexión, a un ejercicio de puesta a prueba de los mismos, lo que puede ocurrir como consecuencia de haber accedido a la información del caso o como una vía para buscar toda la que me podría faltar para hacer tal reflexión. Con relación a esos mismos hechos, los trato de representar a fin de ver qué tan verosímiles son porque la credibilidad es esencial para formarse o mostrar convicción. Seguidamente, pienso en el marco normativo que les sería aplicable a esos hechos. Hago el ejercicio mental propio de un alegato: imagino que los hechos ya se demostraron y busco una norma que los recoja y los relaciono con la sanción normativa que la regla jurídica ha previsto para ellos. Por supuesto, si el debate es puramente legal, la aproximación será esencialmente jurídica, pero la verdad es que son pocos los casos en los que no hay que analizar o preocuparse por los hechos. Luego reflexiono acerca de quién va a resolver mí caso. No hablo del juez competente como concepto jurídico. Hablo de la persona misma que lo resolverá y trato de imaginarme cómo esa persona en particular, resolvería mi caso. Para esto sujeto todo lo anterior a un test: el de las circunstancias que rodean el caso: precedentes, prestigio de mi cliente, línea de conducta, contexto político, oportunidad, etc. Para eso pienso en cómo influiría todo ello en el ánimo del juez o del árbitro; ese juez en particular del que ya hablé. No hablo de un análisis exhaustivo ni de un ejercicio acabado de proyección, pero sí de uno que me muestre tendencias, reacciones, estimaciones, condicionantes y actitudes previsibles.

En **segundo lugar**, analizo mis capacidades para atender el caso. Esto, que para algunos podría resultar sorprendente, no lo es tanto si se toma real conciencia de lo que puede significar un caso. No es lo mismo defender un caso individual que uno colectivo; no es lo mismo defenderlo en la audiencia de juzgamiento que en segunda instancia o en la Corte Suprema; no es lo mismo defenderlo en un distrito judicial que en otro. Y no es lo mismo defenderlo si se trata de un caso muy complejo o de uno muy simple.

Un análisis como el que estoy indicando no es que suponga un análisis introspectivo, pero sí uno lo suficientemente honesto acerca de las reales capacidades con las que cuento para defender un caso. Para eso me planteo preguntas como las anteriores pero además otras como: ¿cuento con los medios para defender el caso? ¿Cuento con las pruebas? ¿Puedo aportarlas? ¿Estoy en capacidad de producir las pruebas que se requieren? ¿Puedo acceder a los peritos que se necesitan? ¿Sé defender este tipo de casos? ¿Los conozco en verdad? ¿He desarrollado las competencias para eso?

Y **en tercer lugar** me pregunto si conozco realmente a la contraparte y si sé todo lo que debo saber de ella. Es decir, si conozco a su abogado, si sé lo que realmente es capaz de hacer. En la medida de mis posibilidades, hago respecto de la otra parte el mismo ejercicio que hago respecto de mí o mí equipo.

Las respuestas positivas o negativas a las interrogantes planteadas pueden incluso llevarme a volver a considerar si debo tomar un caso o no o a considerar la adquisición de ciertas competencias; es decir, a cubrir las que no tengo con el concurso de otros profesionales. Lo importante, más allá de lo que decida, es que siempre me las hago.

Todo lo anterior me permite desarrollar una estrategia expresada a través de una teoría del caso. Esa teoría es mi perspectiva del caso, mi manera de verlo. Y esa teoría guiará todo lo que yo haga de allí en adelante, convirtiéndose en una herramienta estratégica: servirá para organizar el trabajo, redactar los documentos, buscar las pruebas, producirlas, planificar las audiencias, proyectar el curso de las mismas, vaticinar un resultado y prepararme (lo mismo que mi equipo) para cualquier eventualidad. También me servirá para definir mi actuar estratégico: si debo o no conciliar, hasta dónde, cómo, en qué oportunidad, etc.

Volviendo a la teoría del caso, ella a pesar de ser suficientemente verosímil y el resultado de un trabajo exhaustivo, siempre requerirá de mucho trabajo adicional. Esto porque siempre estará a prueba y siempre estará expuesta a efectos externos. De manera que a pesar de considerarla como una guía, la herramienta que hace tangible mi convicción acerca de un caso, será lo suficientemente flexible

para hacerle frente a cualquier eventualidad. Así que me preparo para que mi teoría sea adaptable, porque sé que va a tener que adaptarse. Y lo que hago es preguntarme cosas como ¿y qué pasaría si la otra parte pide una medida cautelar? ¿y qué pasaría si no va el testigo en el que estoy pensando? ¿Y qué pasaría si el juez es cambiado de juzgado? No me hago todas las preguntas posibles ni me genero una crisis de ansiedad pues mi cliente me necesita cuerdo, pero sí me hago las preguntas suficientes como para saber que mi teoría del caso a pesar de ciertas eventualidades y ajustes, nunca dejará de ser la misma.

El trabajar en la preparación de la defensa de un caso es, quizá, la parte más importante de todo el ejercicio de planificación y de previsión. Sin ese trabajo de preparación todo lo demás pierde sentido. Y como es demandante en términos de tiempo y dedicación, es fundamental creer en lo que se está haciendo. No vaya a pensarse que actúo o dirijo mi vida en función de las frases que me gustan, pero para esta etapa suelo aplicar una frase de Pablo Picasso, que complementa perfectamente la que motiva este artículo: "la inspiración llega, pero tiene que encontrarte trabajando". Así que movido por la convicción –trabajando– es posible, y de hecho ocurre, que surjan ideas creativas e inspiradoras para la defensa de un caso. Y también es posible que encontremos salidas a problemas que no las tendrían si dejáramos todo para después. De manera que eso hago, me dedico a preparar el caso.

III. DEFENDER Y ARGUMENTAR: "SI DEFIENDES UN CASO HAZLO CON UNA CONVICCIÓN TAL …"

Defender un caso supone ya no planificar sino implementar una estrategia; una teoría del caso. De manera que la defensa de un caso, para mí, es la aplicación de aquello de lo que estoy convencido. Y como la convicción está detrás de la teoría del caso que he diseñado, la defensa será pura y simplemente una implementación de la misma.

Esa implementación la hago considerando la estructura del proceso y previendo que para cada etapa exista un guión. Teniendo en cuenta que el proceso judicial laboral regido por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es uno que mantiene la modalidad escrita tanto para la demanda como para la contestación, me preocupo porque estas sean claras, sencillas y precisas, ya sea que me corresponda demandar o contestar una demanda. Con relación a esto trato de no olvidar que como abogado debo transmitir una posición, de manera que tengo que preocuparme

porque me entiendan y se convenzan de ella tanto como lo estoy yo. Trato de evitar –a pesar de que soy abogado y, por lo tanto, mi redacción está irremediablemente deformada– los formalismos, las cuestiones técnicas y el floreo lingüístico, pues quitan espacio y solo generan suspicacias.

Hecho lo anterior, ya para la audiencia de juzgamiento y para la apertura, que es el momento en el que expongo mi teoría del caso y muestro la perspectiva de análisis con la que quiero que se vean los hechos, diseño un discurso en el que digo qué fue lo que pasó y propongo cómo deberá fluir la audiencia. Esta perspectiva me sirve para definir cómo espero que se resuelva la controversia y proponer un rumbo estratégico para la audiencia. Con esto y aprovechando lo señalado por la otra parte, delimito los hechos por probar al punto que de la confrontación de posiciones procuraré que el juez extraiga los hechos necesitados de prueba y los que no. La apertura, si bien no lo es todo en la audiencia, es un evento importantísimo porque me permite dar una idea inicial de lo creíble que puede ser mi teoría del caso. Es mi carta de presentación y dependiendo de lo buena que sea, regirá en buena parte lo que ocurra en la audiencia. Por lo tanto, le dedico mucho tiempo a preparar el discurso de apertura y en él trato de transmitir lo convencido que estoy del caso.

¿Cómo lo transmito? Trato de ser breve, pero sobre todo simple y elocuente. Pero no me refiero a la elocuencia meramente discursiva. La elocuencia, si bien pone énfasis en cómo se dicen las cosas y sugiere que por la sola forma de decirlas se adquiere convicción; en el ámbito de un proceso, frente a un juez y a una cámara de video, la elocuencia se refiere no solo a cómo se dicen las cosas sino a la posibilidad de que se puedan probar. Porque si lo que se dice en la apertura no se puede probar, el juez o el árbitro nos lo hará notar en su decisión de la peor manera posible, no dándonos la razón. Así que para transmitir hay que ser claros y afirmar, pero hay que tener la certeza de que se va a poder probar lo que se afirma. Por ello, en la apertura digo todo lo que sé que puedo probar y anuncio o advierto acerca de lo que no. Pero no para mostrar que mi caso es débil, sino para hacer notar que aquello que no puedo probar no afecta en absoluto lo que se puede concluir a partir de lo que sí puedo probar.

El afirmar me permite señalar qué cosas voy a probar. Así que de esta manera simple "defino" cómo espero que discurra la audiencia, que al ser una audiencia sobre hechos, es en una audiencia en la que se dedicará mucho tiempo a actuar pruebas que tienen como propósito generar en el juez la misma convicción que yo tengo.

Las pruebas por sí mismas significan poco en el proceso y para que tengan sentido, el sentido que yo les quiero dar, es necesario relacionarlas con un relato, con una historia que es dicho sea de paso, la que yo he contado. La relevancia de las pruebas es tal en función de una proposición fáctica. Y para ello es necesario "hacerlas hablar". Es un error evitar o considerar innecesaria la "oralización de las pruebas documentales". Incluso los documentos, a pesar de su claridad y contundencia, requieren de una contextualización y de una vinculación específica con una propuesta de ocurrencia de los hechos. Por lo tanto, la defensa de un caso desde un punto de vista probatorio, se refiere a "hacer hablar a las pruebas". Y como las pruebas no hablan solas, me (nos) corresponde hacerlas hablar.

Para que las pruebas hablen se requiere mucho trabajo. Cada una de ellas va a ser revisada exhaustivamente en la audiencia por el juez y por el abogado de la otra parte, por lo que el mismo ejercicio tendrá que haberse hecho durante la preparación de la defensa. Habrá por tanto que haberse hecho todas las preguntas posibles acerca de los peritos y sus informes, habrá que haber revisado detalladamente cada documento, cada informe, cada resumen. Habrá que haber revisado liquidaciones y someter todo a un escrutinio exigente. Habrá que haber preparado a los testigos, no para que digan lo que nosotros queramos, sino para que enfrenten un interrogatorio del abogado contrario, que tiene como uno de sus objetivos destruir o debilitar el valor de cada prueba que nosotros presentemos.

En este punto debo decir entonces que la defensa del caso en la actuación probatoria es nuevamente una transmisión de todo lo trabajado de manera anticipada. Tanto lo es, que suelo ir a las audiencias con un guión de lo que va o debería pasar en la actuación de los medios probatorios.

Finalmente, y una vez probados los hechos que pretendo probar, me preparo para los alegatos. Suelo llevarlos escritos. Alguno dirá cómo puede ser si ellos recogen lo ocurrido en una audiencia que es posterior a la redacción de los mismos. Bueno, al respecto, pienso que los alegatos son el cierre del planteamiento estratégico y la confirmación de la teoría del caso o, lo que es lo mismo, la demostración de la estrategia. Y si he preparado bien el caso, salvo eventos extraordinarios, es perfectamente posible que anticipe lo que voy a decir como alegatos. Los alegatos tienen la virtud de erigirse en un verdadero proyecto de sentencia. De algún modo, la audiencia misma es una metodología, un modo de razonar que llevará a la decisión final, por lo tanto, es perfectamente posible anticipar el alegato y llevarlo escrito.

Luego de lo dicho uno podría pensar que la defensa es el resultado de pura previsión y que no hay espacio para la improvisación. Eso es parcialmente cierto. La previsión sirve, me sirve, para que en un proceso no me ocurran cosas que yo debería haber tenido en cuenta. La improvisación, la capacidad de reacción frente a algo imprevisto, en cambio, me sirve para salir de todas aquellas situaciones que no era posible prever. De manera que sí hay espacio para la improvisación, pero es residual y siempre será posible acudir a ella cuando ha habido previa preparación. En mi experiencia, he podido comprobar que muchas de las cosas que lucen como improvisadas, no lo son en verdad. He sabido de discursos "improvisados" que fueron cuidadosamente preparados. En cualquier caso, las soluciones improvisadas, pienso, solo aparecen si es que uno tiene la tranquilidad de saber que hizo todo lo previsible. Porque si no, el solo dedicarse a pensar en lo que pudo haberse previsto, le quitará espacio a la posibilidad de reaccionar e improvisar soluciones.

Sea como fuere, he llegado a pensar que la convicción al actuar como un motivador del trabajo, proyecta su efecto sobre la defensa misma, que también es trabajo. Así que el impulso que ella genera creo que nos ubica, a mí me ocurre, en una posición en la que el ejercicio de improvisación o fluye más fácilmente o simplemente deja de ser tal, porque estamos tan concentrados e involucrados con el caso, con nuestras convicciones, que podemos hacerle frente a lo inesperado.

IV. GANAR O PERDER: "SI DEFIENDES UN CASO HAZLO CON UNA CONVICCIÓN TAL QUE SI LO PIERDES, LA GENTE SE CONVENZA DE QUE SE ESTÁ COMETIENDO UNA GRAN INJUSTICIA …"

La convicción como hemos visto puede lograr muchas cosas y generar muchos efectos. Sin embargo, no garantiza que otro necesariamente la adquiera. Por eso es que con relación al proceso es frecuente escuchar cosas como "a veces se pierde y a veces se gana" o "usos son de la guerra vencer o ser vencido". Por supuesto que es así, no siempre se gana.

Pero lo que no puede ocurrir es que se pierda un caso por no haber tenido convicción en él. Actuar sin el acicate que ella puede producir es como saltar al vacío. Es un ejercicio estéril: ni convence ni inspira. Y no hay nada más doloroso que comprobar que algo se perdió porque ni siquiera uno mismo creía en ello. Es

preferible, pienso, ser sancionado como consecuencia del ímpetu que suele acompañar a la convicción, que perder por actuar sin creer en algo.

Cuando se actúa con convicción las probabilidades de que un caso se gane son elevadas. Y lo son porque la convicción arrastra cosas que uno ni siquiera imagina. Incluso hasta se llega a pensar que los astros se alinean. Pero la verdad es que ese alineamiento rara vez es casual y casi siempre en la consecuencia del trabajo que se desplegó gracias a haber actuado con convicción.

Pero bueno, y ¿qué pasa cuando a pesar de haber actuado con convicción no ganamos el caso? Bueno, a mí me ha pasado. Para esos casos, la frase que da inicio a este artículo, actúa como un verdadero combustible. Y habiéndolo experimentado, creo que, efectivamente, la defensa hecha con convicción ofrece varias cosas.

En primer lugar, una defensa hecha con convicción y seriedad permite ubicar a quien decide el caso en el mismo lugar de lo que había que decidir, es decir, en la posición de ser juzgado. Y teniendo el nuevo proceso laboral, por ejemplo, la característica de ser filmado, tal posición de juzgamiento ya no solo es privada sino que además es pública. Es decir, la sensación de injusticia no solo será la de quien perdió habiendo hecho un defensa sería y convincente, sino también la de un público que observará lo mismo, sin ser parte del proceso.

Por otro lado, una defensa hecha con convicción, también permitirá que el inevitable juicio del cliente perdedor se enfoque no solo en el resultado (que seguramente verá como injusto), sino en la defensa misma, la que seguro le permitirá comprender que el trabajo estuvo bien hecho.

Asimismo, en el contexto de un caso desfavorable, una defensa hecha con convicción permitirá animar al equipo que participó en él. Es cierto que la defensa con convicción puede inspirar tanto que todos los que participan en ella pueden terminar creyendo en el caso como si fuera un dogma, que al no ser acogido puede producir mucha frustración. Pero así como la convicción puede tener ese efecto, ella misma puede servir para sacar a uno mismo de ese estado y convertirse en una auténtica fuerza motivadora para emprender nuevas defensas o para intentar revertir el resultado adverso.

Y esto último es lo que más me atrae de la frase inicial de este artículo. Porque esa sensación de injusticia tiene un poder de cambio enorme y está en los abogados saber aprovecharlo. Pero para ello es necesario haber actuado con convicción.

Por eso creo que el peor riesgo para un juez o un árbitro que resolvió un caso equivocadamente por la falta de preparación adecuada o por no tener el cuidado necesario para justificar su decisión (especialmente cuando su decisión fue errada a la luz de la convincente posición que no acogió), es tener que hacerle frente al abogado que defendió con convicción un caso. Porque, motivado por la injusticia de la decisión, en su esfuerzo porque prevalezca la posición en la que cree, ese abogado hará evidentes y mucho más clamorosas las deficiencias en las que incurrió el juez o árbitro que resolvió su caso. Y eso será parte del escrutinio público.

Pero, bueno, no quiero dedicar este apartado a una suerte de consagración del espíritu revanchista. En este punto, lo que pretendo es cerrar la idea del uso de la convicción como una herramienta o forma de actuación. La convicción es un estado personal, de modo que es necesario exteriorizarlo y la manera de hacerlo varía de acuerdo con los escenarios. Y es aquí donde encuentro que ella tiene o puede tener efectos inspiradores, impactantes y hasta de liderazgo. Efectivamente, me he sorprendido comprobando cómo la exteriorización de la convicción puede sacar lo mejor de las personas. Recuerdo a un abogado de mi equipo haber cambiado toda una estrategia de defensa por la convicción con la que defendí una postura diferente a la suya y también recuerdo a una persona que asistió a una audiencia en la que participé y a quien no conocía, decirme que yo era la persona que podía sacarla del problema en que se encontraba simplemente porque actué con convicción.

También recuerdo haberme levantado de la nada y revertir un resultado adverso, así como recuerdo también el no haberlo podido hacer porque simplemente no había actuado con convicción.

En fin, creo que la idea ya está clara. Hay que actuar con convicción en la defensa de un caso por todas las razones que acabo de señalar.

V. AL DÍA SIGUIENTE: "QUÉ HACER?"

Bueno y esto lo planteo ya a título de conclusión, la defensa de un caso con convicción y con un resultado favorable hay que celebrarla, no más allá del día siguiente. Es importante hacerlo porque defender un caso es un compromiso y cuando ese compromiso se cumple, hay que celebrarlo, no por el triunfo mismo (no olvidemos que al frente hay un perdedor que podría estar pasándola mal), sino porque se trabajó y se hizo lo debido. Los que trabajaron en el caso lo merecen.

Y cuando se pierde habiendo actuado con convicción, ¿qué debe hacerse? La respuesta es una sola: seguir trabajando desde el día siguiente. La inspiración va a llegar porque se seguirá trabajando pero, además, porque motivos habrá para ello. Y esos motivos serán un fuerte incentivo para volver a planificar, reflexionar acerca de lo que se hizo, involucrar más al equipo y perseverar en una idea, en una convicción.

Y si la derrota ocurre en última instancia y a pesar de haber actuado movidos por la convicción, lo que debe hacerse es mirar el trabajo de la parte contraria. Si se comprueba que la otra parte trabajó mejor que nosotros, porque también actuó con convicción pero con más eficacia que nosotros, habrá que aprender de ella y poner en práctica lo aprendido desde el mismo día siguiente.