SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

VI CONGRESO NACIONAL
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, FISCALIZACIÓN LABORAL, JUBILACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y EL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Arequipa 8, 9 y 10 de octubre 2014

VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

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
2015-04521

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED
REGISTRO DE PROYECTO
EDITORIAL
11501221500414

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

Presentación
Jaime Zavala Costa y Raúl G. Saco Barrios: 17

Programa 21

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa 25

Palabras del Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón 29

CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA

ISABELLE DAUGAREILH

La estabilidad laboral en un contexto de crisis. Un punto de vista europeo 35

PRIMER TEMA

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL, INTERMEDIACIÓN, TERCERIZACIÓN, CONTRATACIÓN MODAL, REGÍMENES ESPECIALES Y DESPIDO

PONENCIAS OFICIALES

VÍCTOR FERRO D.

Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú 61

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Estado actual de la estabilidad laboral 91

PONENCIAS LIBRES

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES

La tercera edad como causa de extinción del contrato de trabajo en la Ley Universitaria Nº 30220: realidad, problemas y perspectivas solutorias..... 147

LUZ PACHECO

El carácter normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a la estabilidad en el empleo 173

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS

Subcontratación y contratos temporales. El estado de la cuestion..... 191

OMAR TOLEDO TORIBIO

Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento, y la problemática de la competencia del juzgado de paz letrado, al influjo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2014 209

MICHAEL VIDAL SALAZAR

Estabilidad laboral y discapacidad: acerca de la regulación de la situación en el empleo de la persona con discapacidad 241

OXAL VÍCTOR ÁVALOS JARA

Aporte de la jurisprudencia a la configuración de las causales de falta grave en el régimen laboral privado 257

EDUARDO BARTRA CHOCLOTT

¿Estabilidad laboral del personal sujeto al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios? A propósito del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral..... 277

CECILIA CALDERÓN PAREDES

La inexistencia de estabilidad laboral en el régimen de trabajo a tiempo parcial como manifestación de la vulneración del trabajo decente en el Perú 293

ERNESTO CÁRDENAS TERRY

Tendencias jurisprudenciales sobre la protección contra el despido de los trabajadores de confianza 311

JOAQUÍN A. DE LOS RÍOS DE LA TORRE

El contrato de trabajo a tiempo parcial 325

MARTÍN FAJARDO MORI

Apuntes sobre la pretensión de reposición y el petitorio implicíto en el proceso abreviado 337

ROBERT IRWIN HUANCA CAYLLAHUA

La estabilidad en el empleo por aplicación del principio de despersonalización del empleador 351

GONZALO ORTIZ HIDALGO

Simulación como causa de desnaturalización de los contratos modales: ¿simulación de las partes en la celebración del contrato de trabajo, simulación unilateral o una mala regulación del legislador? 359

JUAN PRADO QUISPE

Estabilidad en el empleo. Valoración del trabajo humano 373

SHIRLEY CHARLOTTE QUINO CANCINO

La reducción de personal en situaciones de crisis: principales consideraciones y cuestionamientos 379

ZÓCRATES RADO PINEDA

Desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos al régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342, Ley de Promoción de Exportaciones no Tradicionales 393

SEBASTIÁN SOLTAU SALAZAR
ALFONSO HIGA GARCÍA

El despido fraudulento por violencia moral o intimidación 415

KARLA E. ZUTA PALACIOS

La estabilidad laboral frente al despido, como garantía de la libertad sindical, en la legislación y jurisprudencia peruana 425

SEGUNDO TEMA
PROBLEMAS Y SOLUCIONES DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL

PONENCIAS OFICIALES

PAUL CAVALIÉ CABRERA

Balance y perspectivas de la inspección del trabajo en el Perú 441

FERNANDO ELÍAS MANTERO

Inspección de trabajo: problemas y soluciones..... 487

PONENCIAS LIBRES

RAÚL G. SACO BARRIOS

Facultades de los inspectores del trabajo en el convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) de la OIT 521

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

La Sunafil y el debido proceso constitucionaL..... 541

DANIEL ULLOA MILLARES

Sugerencias para un mejor funcionamiento de la administración de la fiscalización laboral en Perú 559

GABRIEL ACURIO SALAZAR

Inspección laboral en materia de trabajo infantil..... 569

JOSÉ MANUEL ANGULO JUGO

La fiscalización laboral más allá de la sanción. Una revisión de los programas de inspección a nivel internacional..... 589

MIRELLA BERNAL SUÁREZ

Criterios aplicables en fiscalización en temas de seguridad y salud en el trabajo 605

JUAN ANDRÉS DUEÑAS ESCOBAR

Los vaivenes del Sistema de Inspección Laboral en el Perú y el rol del inspector de trabajo 617

BEATTY EGÚSQUIZA PALACIN

Fiscalización laboral: trabajo infantil, trabajo adolescente y trabajo doméstico. Alcances y propuestas 630

FRANK ESPINOZA LAUREANO

La infracción administrativa en materia sociolaboral (apuntes para un estudio interdisciplinario) 645

ELMER HUAMÁN ESTRADA

La suspensión del procedimiento de inspección laboral frente a la existencia de un proceso judicial laboral "vinculado" 659

WILLY MONZÓN ZEVALLOS

El principio de razonabilidad frente a la cuantía y aplicación de sanciones por infracciones a la normativa sociolaboral. A propósito de la modificación del artículo 48 del D.S. Nº 019-2006-TR 677

FIORELLA PÍA PEYRONE VILLACORTA

Fiscalización laboral en la seguridad y salud en el trabajo 693

JESSICA PIZARRO DELGADO

Breves apuntes sobre la prescripción en la inspección laboral 703

BORIS SEBASTIANI ARAUJO

El país de la informalidad: ¿Sunafil es la receta adecuada para disminuirla? 713

LUIS SERRANO DÍAZ

La nueva inspección de trabajo en el Perú 727

TERCER TEMA
LA INFORMALIDAD, LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LOS REGÍMENES PREVISIONALES

PONENCIAS OFICIALES

MARIA ISABEL TALLEDO

Resultados y retos del Sistema Privado de Pensiones (SPP) 747

CÉSAR ABANTO REVILLA

La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales..... 780

PONENCIAS LIBRES

CARLA BENEDETTI ORTEGA

Principio de solidaridad y progresividad, a propósito de las aportaciones anteriores a octubre de 1962 en el Perú 807

ANDRÉ COSSIO PERALTA

La extensión de protección previsional a los trabajadores independientes: una aproximación constitucional a su afiliación obligatoria a los sistemas previsionales 825

MAURICIO MATOS ZEGARRA

La afiliación de trabajadores independientes y la seguridad social fallida 841

HOMENAJE AL DOCTOR MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa..... 859

Palabras del Dr. Róger Zavaleta 860

Palabras del Dr. Alfonso de los Heros 862

Palabras del Dr. Mario Pasco Lizárraga 864

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa..... 865

MESA REDONDA

Luces y sombras del arbitraje en la negociación colectiva 869

Moderadora: Dra. Beatriz Alva Hart

Panelistas: Dr. Martín Carrillo Calle
Dr. Ignacio Castro Otero
Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón
Dr. Alfredo Villavicencio Ríos

PONENCIAS LIBRES

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

El arbitraje en la negociación colectiva en el Sector Público 901

HUGO CARRASCO

El contenido y límites de la libertad de empresa y su articulación con el derecho de libertad sindical 917

JESÚS CARRASCO MOSQUERA

La huelga en los servicios de salud y el arbitraje obligatorio 935

CÉSAR CISNEROS

Alcances sobre las vías de impugnación de un laudo arbitral laboral 951

LAURA TORRES SOTO

El olvidado deber de fomento de la negociación colectiva..... 964

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CLAUSURA

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Constitución y derechos laborales 983

Clausura del VI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 991

VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, FISCALIZACIÓN LABORAL, JUBILACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y EL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA"

Arequipa, Perú
8, 9 y 10 de octubre 2014

COMISIÓN ORGANIZADORA

Presidente de la Comisión Organizadora	: Germán Ramírez-Gastón Ballón
Presidente de la SPDTSS	: Jaime Zavala Costa
Comisión Central	: Pedro Morales Corrales
	Carlos Guillermo Morales Morante
Comisión del Concurso Laboral Universitario	: Michael Vidal Salazar
	Orlando González Nieves
	Roberto Servat Pereira de Sousa
	Daniel Ulloa Millares
Coordinador del Homenaje al Dr. Mario Pasco Cosmópolis	: Alfonso de los Heros Pérez Albela

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 Barbagelatta (†)
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

PRESENTACIÓN

Los días 8, 9 y 10 de octubre de 2014, en Arequipa, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) organizó y realizó el VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva".

Como en nuestros anteriores congresos nacionales, hemos procurado seleccionar y desarrollar temas de singular importancia y actualidad. Así, el VI Congreso Nacional:

- Ofreció dos conferencias magistrales, una en la ceremonia de inauguración y otra en la de clausura: la primera, a cargo de Isabelle Daugareilh (Universidad de Burdeos, Francia) sobre el "Panorama de la estabilidad laboral"; y la segunda, brindada por Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca, España) sobre "Constitución y derechos laborales".
- Versó acerca de tres grandes temas: "Estado actual de la estabilidad laboral, intermediación y tercerización, contratación modal, regímenes especiales y despido" (primer tema); "Problemas y soluciones de la fiscalización laboral" (segundo tema); y "La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales" (tercer tema). Las ponencias oficiales fueron confiadas a Víctor Ferro y Carlos Blancas, Paúl Cavalié y Fernando Elías, y María Isabel Talledo y César Abanto, respectivamente.
- Incluyó una mesa redonda: "Luces y sombras del arbitraje en la negociación colectiva", con la intervención de Martín Carrillo, José Ignacio Castro, Germán Ramírez-Gastón y Alfredo Villavicencio.

Además, se realizó la premiación de los alumnos de diversas universidades participantes en el "Concurso Laboral Universitario", que nuestra Sociedad realiza, en el marco de cada Congreso Nacional, con la idea de promover la investigación sobre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. En esta oportunidad, la comisión evaluadora estuvo presidida por Michael Vidal e integrada por Orlando González, Roberto Servat y Daniel Ulloa.

Presentamos también a nuestros nuevos asociados, de diferentes departamentos, centros de estudios y actividades académicas y profesionales. Sus nombres ya figuran en la relación insertada en páginas interiores.

Durante el desarrollo del Congreso y con las palabras de Jaime Zavala, Róger Zavaleta y Alfonso de los Heros, tuvimos también un muy emotivo homenaje a nuestro querido y recordado amigo Mario Pasco Cosmópolis: cofundador de la SPDTSS, reconocido maestro universitario, prestigioso jurista y gran estudioso de cuestiones laborales y de la seguridad social. Nos acompañaron en este acto, Úrsula Lizárraga de Pasco y Mario Pasco Lizárraga.

Les presentamos, pues, este libro: *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. "Estabilidad en el Empleo, Fiscalización laboral, Jubilación de Trabajadores Independientes y el Arbitraje en la Negociación Colectiva"*.

Usualmente, el libro concerniente a cada congreso nacional ha sido dado a los participantes antes del inicio de cada evento.

En esta ocasión, lo entregamos ahora y explicamos la razón: el VI Congreso Nacional involucró dos conferencias magistrales, seis ponencias oficiales y treinta y seis ponencias libres. Una buena o acaso la mayor parte de los textos pertinentes, nos fueron enviadas en tiempo muy próximo al del inicio de aquel; otras y no obstante nuestros permanentes requerimientos, después. En consecuencia, nos fue imposible editarlo oportunamente.

De todos modos, creemos, la entrega posterior de este libro conlleva algunas importantes ventajas para los destinatarios y lectores: en primer lugar, nos ha facilitado una revisión más detenida de su contenido con vistas a su edición; y en segundo lugar, nos ha permitido la inclusión de la transcripción de las intervenciones respecto a los cuales no ha habido un texto escrito remitido (antes o después del Congreso) a la Comisión Organizadora, esto es, de los discursos de inauguración y de clausura, de las habidas en la mesa redonda y en la ceremonia-homenaje a Mario. Desde ya, pedimos las excusas del caso por los errores que puedan advertir en tal transcripción: no es lo mismo corregir un texto escrito y

enviado previamente que la transcripción de un discurso, conferencia o plática, con las deficiencias que puede tener la grabación pertinente, la referencia a autores de nombre extraño o desconocido o las expresiones en otras lenguas; sin embargo, hemos considerado mejor que tengan ustedes todas las intervenciones a que les falte alguna.

Como novedad y con el riesgo de que alguien pueda estimarlo "impertinente" o "no académico", insertamos unas fotografías que nos hacen posible evocar gratamente las distintas actividades congresales, de inicio a fin.

Disfrutemos todos de este libro, estudiémoslo, aprovechemos y citemos –cuando corresponda– su contenido, en beneficio del progreso del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social.

Lima, marzo de 2015

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la SPDTSS

RAÚL G. SACO BARRIOS
Secretario de Biblioteca y Publicaciones de la SPDTSS

PROGRAMA

MIÉRCOLES 8 DE OCTUBRE DE 2014

10:00 a.m. - 5:00 p.m.	Registro y entrega de material
	Colegio de Abogados de Arequipa: Calle Jerusalén 313, Cercado
	SESIÓN DE APERTURA
	Sede: Colegio de Abogados de Arequipa: Calle Jerusalén 313, Cercado
6:00 p.m. - 6:30 p.m.	**Ceremonia de Inauguración**
	Dr. Jaime Zavala Costa: Presidente de la SPDTSS
	Dr. Germán Ramírez Gastón Bullón: Presidente del Comité Organizador
6:30 p.m. - 7:15 p.m.	**Conferencia Magistral de Apertura**
	Dra. Isabelle Daugareilh (Universidad de Burdeos - Francia)
	"Panorama de la Estabilidad Laboral"
7:30 p.m. - 10:00 p.m.	Cóctel de Bienvenida
	La Casa del Moral: Calle Moral 318, Cercado

JUEVES 9 DE OCTUBRE DE 2014

Sede: Centro de Convenciones del Colegio de Abogados de Arequipa: Av. Alfonso Ugarte s/n, Hunter

9:00 a.m. - 12:30 p.m.	**SESIÓN DE LA MAÑANA**
	Primer Tema: "Estado actual d la estabilidad laboral, intermediación y tercerización, contratación modal, regímenes especiales y despido"
	Directora de Sesión: Dra. Isabel Herrera Gonzales-Pratto
9:00 a.m. - 10:30 a.m.	**Ponencias Oficiales**
	Dr. Víctor Ferro Delgado
	Dr. Carlos Blancas Bustamante
10:30 a.m. - 11::00 a.m.	**Pausa café**
11:00 a.m. - 12:30 p.m.	**Ponencias libres**
4:00 p.m. - 7:30 p.m.	**SESIÓN DE LA TARDE**
	Segundo tema: "Problemas y soluciones de la fiscalización laboral"
	Directora de Sesión: Dra. Luz Pacheco Zerga

4:00 p.m. - 5:30 p.m.	**Ponencias oficiales**
	Dr. Paul Cavalié Cabrera
	Dr. Fernando Elías Mantero
5:30 p.m. - 6:00 p.m.	**Pausa café**
6:00 p.m. - 7:00 p.m.	**Ponencias libres**
7:00 p.m. - 7:30 p.m.	**Concurso laboral universitario:** Presentación de ponencias ganadores y premiación

VIERNES 10 DE OCTUBRE DE 2014

Sede: Centro de Convenciones del Colegio de Abogados de Arequipa: Av. Alfonso Ugarte s/n, Hunter

9:00 a.m. - 12:30 p.m.	**SESIÓN DE LA MAÑANA**
	Tercer tema: "La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previosionales"
	Directora de Sesión: Dra. Liliana Tsuboyama Shiohama
9:00 a.m. - 10:30 a.m.	**Ponencias oficiales**
	Sr. Luis Valdiviezo Montano (Presidente de la Asociación de las AFP)
	Dr. César Abanto Revilla
10:30 a.m. - 11:00 a.m.	**Pausa café**
11:00 a.m. - 12:00 p.m.	**Ponencias libres**
12:00 p.m. - 12:30 p.m.	**Homenaje al Dr. Mario Pasco Cosmópolis**
	A cargo del Dr. Alfonso de los Heros Pérez Albela
4:00 p.m. - 7:30 p.m.	**SESIÓN DE LA TARDE**
4:00 p.m. - 5:45 p.m.	**Mesa Redonda: "Luces y sombras del arbitraje en la negociación coelctiva"**
	Moderadora: Dra. Beatríz Alva Hant
	Dr. Alfredo Villavicencio Rios, Dr. Martín Carrillo Calle, Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón, Dr. José Ignacio Castro Otero
5:45 p.m. - 6:15 p.m.	**Pausa café**
6:15 p.m. - 7:00 p.m.	**Conferencia Magistral de Clausura**
	Dr. Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca - España)
	"Constitución y Derechos Laborales"
7:00 p.m. - 7:30 p.m.	**Clausura**
	Dr. Jaime Zavala Costa, Presidente de la SPDTSS

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la ceremonia de inauguración del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesora Isabelle Daugareilh, conferencista especial de la Universidad de Burdeos, Francia. Profesor Carlos Palomeque López, conferencista especial de la Universidad de Salamanca, España; señores Asociados de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; señores participantes; amigos todos.

Como Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, les doy a ustedes la más afectuosa y cálida bienvenida al "VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", que realizamos en la muy noble y muy leal Ciudad de Arequipa, que exhibe 460 años de pletórica existencia, en los que ha dejado huella indeleble de su rico pasado histórico.

Hace trece años bajo mi primera Presidencia, inauguramos el Primer Congreso Nacional de la SPDTSS, llegando hoy a la sexta edición de nuestro Congreso bianual, que constituye toda una tradición en el ámbito laboral y de la seguridad social en el país, y cuya mejor evidencia es el respaldo de los aproximadamente 600 inscritos a nivel nacional, lo que pone de manifiesto la amplia convocatoria de cada uno de los congresos que organiza.

Creo pertinente recordar a todos los asistentes, que Arequipa tiene un conjunto de características que la hacen singular, especialmente por ser la tierra de personajes ilustres como: **Mariano Melgar**, joven poeta y músico, combatiente por la independencia nacional, que cayó abatido por las balas realistas. **Juan**

Gualberto Valdivia, más conocido como el Deán, que simboliza la pasión terca, nacionalista y libertaria del espíritu arequipeño; primerísima figura en la turbulenta etapa de las revoluciones de Arequipa. **Francisco Javier de Luna Pizarro**, maestro y hombre público, cuya personalidad sobresale con propios caracteres en los albores del Perú independiente; en el primer Congreso de la República ocupó el encumbrado cargo de presidente. **Carlos Baca-Flor,** un clásico de la pintura arequipeña laureado retratista. **Víctor Andrés Belaunde**, diplomático, periodista, escritor y hombre de Derecho, representante del Perú ante la Asamblea General de las Naciones Unidas; su obra escrita es múltiple destacando La Realidad Nacional. **José Luis Bustamente y Rivero,** nuestro forjador de juventudes y políticas, Presidente de la República que decretó las 200 millas del territorio peruano. Y único peruano que integró la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Por último, **Don Nicolás de Piérola**, el Califa, primer auténtico conductor de multitudes en nuestra historia política, abanderado de la lucha por la democracia, el Derecho y el respeto a la ley.

La naturaleza del ser humano ha sido desde siempre adecuar las condiciones que le rodean a sus propias necesidades e intereses, siendo el derecho del trabajo uno de los factores que más cambios ha sufrido a lo largo de la historia.

Pasando a presentar nuestro Congreso, podemos advertir que en los últimos años, la evolución de los pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la estabilidad en el empleo y los mecanismos de solución pacífica de controversias, así como la ejecución de importantes reformas legislativas en materia previsional y de fiscalización laboral, vienen ocasionando cambios y transformaciones que ameritan su estudio y reflexión.

Los importantes esfuerzos realizados por la SPDTSS, han convertido a sus congresos en importantes referentes académicos nacionales e internacionales en materia laboral, por constituirse en una de las principales plataformas para el intercambio de ideas, opiniones y experiencias de laboralistas, profesores, gerentes, jefes de recursos humanos, dirigentes sindicales, trabajadores, inspectores, jueces y estudiantes.

En esta oportunidad, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organiza su Sexto Congreso Nacional denominado **"Estabilidad en el Empleo, Fiscalización Laboral, Jubilación de Trabajadores Independientes y el Arbitraje en la Negociación Colectiva"**. Como habrán visto en el programa, tenemos expositores nacionales e internacionales, que aseguran la calidad y utilidad de los temas que serán materia de desarrollo y debate. Asimismo, a través de las ponencias libres que hemos recibido, se abre a todos la posibilidad de participar con sus aportes y comentarios a los temas planteados, y, como

en experiencias anteriores, se ha llevado a cabo el Concurso Laboral Universitario de ensayos, con el propósito de fomentar la investigación entre los estudiantes de Derecho, Ciencias Sociales y Relaciones Laborales en diferentes universidades del país y estaremos premiando a cinco de ellos en la sesión del jueves por la tarde.

Justo y merecido homenaje rendiremos el día viernes, antes de la clausura a nuestro querido amigo Mario Pasco Cosmópolis, co-fundador de la Sociedad, por su destacada trayectoria y gran aporte a las relaciones laborales a nivel latinoamericano y mundial.

En todo Congreso hay actividades que trascienden lo académico, que nos sirven para fortalecer nuestra amistad, hacer nuevos amigos, conocer la cultura de la ciudad y disfrutar su gastronomía. Con ese propósito nos permitimos invitarlos a visitar en su tiempo libre: **la Iglesia de la Compañía**, construida en 1698, cuyas estructuras fueron hechas con sillar de los volcanes, también el **Monasterio de Santa Catalina de Siena**, fundado en el año 1579, considerado como el más importante de las construcciones religiosas en el Perú, **La Plaza de Armas**, donde se encuentra la Catedral, los famosos portales, que antes fueron el cabildo de la ciudad en la época virreinal. No puede faltar la visita al **Mirador de Yanahuara** –que es justamente el logotipo de nuestro Congreso–, desde este lugar se puede ver estupendos paisajes de Arequipa incluyendo sus 3 volcanes más conocidos el Misti, el Chachani, y el Pichu Pichu, todos ubicados dentro de la majestuosa Cordillera de los Andes. Y como novedad hay que visitar la **Casa Museo Vargas Llosa**, donde nació el escritor, dedicado a su vida y obra. El recorrido ofrece una rápida revista a la brillante carrera de nuestro Premio Nobel de Literatura y destacado pensador liberal, a través de representaciones holográficas, que lo presentan como en vivo. En el museo se puede ver como Mario Vargas Llosa "conversa" con sus personajes más emblemáticos: Pantaleón Pantoja, de su novela *Pantaleón y las Visitadoras*, El Poeta, personaje de *La Ciudad de los Perros* y el famoso Zavalita (que nada tiene que ver conmigo, por si acaso), de *Conversación en la Catedral*, que dio origen a la famosa frase "¿en qué momento se (...) el Perú?".

Por el lado de la gastronomía, la cocina arequipeña es una de las más variadas y sabrosas del Perú, a todos les consta. No hay que dejar de probar el rocoto relleno, la ocopa cuyo origen se debe a los chasquis o mensajeros del Imperio Incaico, que llevaban en sus recorridos una bolsa llamada Ocopa que contenía maníes molidos, ajíes y hierbas. Manjar obligado es el Adobo arequipeño, que según la historia, surgió de una relación amorosa, pues era plato ofrecido a los arrieros españoles como una forma de conquista para que volvieran. Para los solteros y solteras, está el famoso Solterito arequipeño. Cuenta la historia que era uno de los platillos preferidos de los solteros y solteras que estaban en planes de casamenteros,

así que en el afán de cuidar su figura, recurrían a esta delicia. Otras opciones son el caldo tradicional El Chairo y el Chupe de Camarones. Para el postre el famoso queso helado o tocino del cielo. Todo acompañado de su chicha de jora.

Al finalizar hago una mención especial para expresar mi reconocimiento sincero a mi querido amigo Germán Ramírez Gastón, por asumir la dura y difícil responsabilidad de cuidar cada detalle de este Congreso Nacional, en su condición de Presidente del Comité Organizador, siempre con la mejor disposición y ánimo para superar las dificultades propias de la organización de un evento de esta magnitud e importancia. Hago extensivo mi gratitud a los demás miembros que me acompañan en la junta directiva, a los integrantes de la comisión del concurso estudiantil, a las empresas y Estudios de abogados que han auspiciado este Congreso, a los asociados de la Sociedad que se han volcado con entusiasmo a la "Ciudad Blanca". Por cierto a la secretaría administrativa por su trabajo silencioso, pero sumamente trascendental para el éxito en la parte logística y operativa de este evento.

Finalmente, y no menos importante, expresamos nuestra sincera y especial gratitud y reconocimiento a las ilustres personalidades invitadas a participar como conferencistas magistrales dejando de lado sus múltiples compromisos académicos y profesionales; a los ponentes oficiales así como a las directoras de sesión que en este Congreso marcan la particularidad de ser las cuatro damas integrantes de nuestra Sociedad; a todos ellos que son miembros de nuestra organización; y por cierto y no por eso menos importante, a la presencia de ustedes, por estar en Arequipa, porque es hacia ustedes que va dirigido el desarrollo de este Congreso.

Muchas gracias

Arequipa, 8 de octubre de 2014

Palabras del Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón, Presidente del Comité Organizador, en la ceremonia de inauguración del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Estimados amigos:

Hablar en nuestros días sobre el trabajo y pretender decir algo nuevo, no es nada fácil. Sin embargo, qué duda cabe que todos los que nos encontramos presentes aquí el día de hoy tenemos la gran responsabilidad y el compromiso de generar nuevas opciones intelectuales para enfrentar con acierto los vertiginosos avances que nos plantea el siglo XXI. Es por eso que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha acogido con entusiasmo el reto de crear un nuevo espacio de reflexión y conocimiento en el que se abordarán, por cierto, temas polémicos y complejos.

Evidentemente, nada de esto podría tener éxito sin contar con la participación especial de los distinguidos profesores extranjeros, Isabelle Daugarerilh, de la Universidad de Burdeos, Francia; y Carlos Palomeque, de la Universidad de Salamanca, España; así como con la participación de connotados profesores nacionales y ponentes libres sobre los diversos temas que tratará el Congreso.

Esta experiencia nos lleva a concluir que si queremos crear una nueva cultura del trabajo, la armonización y la reflexión conjunta sobre estos temas resulta evidente y necesaria, atendiendo principalmente a consideraciones de una voluntad reformadora y unificadora que sirva de modelo para asegurar el futuro de las nuevas generaciones.

Por eso agradezco a los expositores extranjeros que hoy nos acompañan en la mesa, y a los nacionales quienes con su presencia, conocimiento y experiencia están contribuyendo a engrandecer este certamen.

Asimismo, en mi condición de Presidente del Comité Organizador, deseo expresar mi agradecimiento a los miembros integrantes del Comité, profesores Alfonso de los Heros, Carlos Guillermo Morales, Carlos Quispe, Martín Carrillo, César Gonzáles, Raúl Saco y Roberto Servat por su invalorable soporte académico y administrativo; así como a nuestros distinguidos y reconocidos auspiciadores; a las directoras de sesión de cada una de las sesiones de presentación de investigación, cuya presencia y participación de género resultará muy importante para poner el punto de equilibrio en estos debates.

Asimismo, no puedo dejar de expresar nuestro agradecimiento a Cecilia Monteverde, Secretaria Ejecutiva del Congreso y sus colaboradoras, Marilú y Fiorella, sin cuyo trabajo e incondicional apoyo este evento no sería posible.

Finalmente quisiera expresar nuestro profundo reconocimiento al doctor Jaime Zavala Costa, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues todo esto ha sido posible gracias a su empuje y liderazgo, así como a un entusiasmo desbordante para crear este espacio de reflexión e intercambio de ideas, a fin de generar nuevas opciones intelectuales para redefinir el trabajo y sus condiciones de compatibilidad con los entornos altamente modificados de supervivencia en nuestra sociedad.

No quiero terminar esta presentación sin recordar, a modo de un sencillo homenaje, a nuestro querido amigo y colega, doctor Luis Arbulú Alva, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social recientemente fallecido, quien en su libro *La negociación oculta*, publicado en el mes de abril de este año, nos plantea una inquietud:

"¿Dónde acaba el abogado y empieza el pintor? ¿Cuál es el límite entre el artista y el hombre de leyes? … No es posible fijar una frontera en esto, como tampoco lo es dividir al hijo, al padre y al abuelo que hay en uno. Todo eso constituye nuestro ser, nuestra humanidad y es aquello con lo que realmente acudiremos a nuestra negociación final con la vida, porque todo lo demás, lo material y prescindible, aquí se quedará".

Lucho nos dice además:

> "Estoy convencido que uno empieza a negociar desde que nace y a lo largo de nuestra existencia muchas veces, casi cotidianamente seguimos haciéndolo y precisamente en esa negociación oculta entre el pintor y el hombre de leyes nos enseña que la reciprocidad es una regla de oro que no debe soslayarse; ello implica entender la necesidad del otro, ponerse uno en el lugar del prójimo y si este algo se asume con noble sentido, el resultado es invalorable".

Frente a estas claras ideas y pensamientos, hagamos que este Congreso contenga un diálogo fructífero y un intercambio de experiencias invalorables; y que si bien, los temas que se van a tratar nos plantearán derroteros diferentes, el análisis de ellos pueda llevarnos a establecer horizontes compartidos.

Esperamos que sus expectativas sean alcanzadas y que el Congreso sea un éxito gracias a su importante participación.

Muchas gracias

Arequipa, 8 de octubre de 2014

CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA

LA ESTABILIDAD LABORAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS

Un punto de vista europeo

ISABELLE DAUGAREILH[1]

La estabilidad laboral es actualmente un tema muy controvertido en Europa, puesto que de él tratan principalmente las últimas reformas legislativas adoptadas a la estela de la crisis financiera de 2008, reformas que han afectado profundamente a países como Grecia[2], Portugal[3], España[4], Italia y, desde hace poco, Francia.

A medida que la perspectiva del pleno empleo se aleja de Europa y mientras que la precariedad se impone y el empleo estable se convierte en un mito, el vocabulario se enriquece extraordinariamente. Se habla de estabilidad laboral, de seguridad laboral, de cláusulas de estabilidad laboral (en los contratos de trabajo, en los reglamentos internos o los convenios colectivos de trabajo), de *securización* del empleo e incluso de *securización* de las carreras profesionales, de perdurabilidad del empleo … Ahora bien, ¿cómo definir y distinguir la estabilidad de la seguridad laboral, a menudo empleadas indistintamente?

Uno de los casos más antiguos de estabilidad laboral en los derechos laborales de la vieja Europa ha sido lo de poner "a salvo" los contratos de trabajo

(1) Directora de investigación CNRS. Directora del Comptrasec. UMR CNRS 5114. Universidad de Burdeos.

(2) N. Prokovas, «Grèce: Colère et révoltes face à l'austérité», Chronique intenationale *de l'Ires*, 2011, p. 43.

(3) PERNOT, J.M. "Portugal: Du précariat à la tentation de l'exil", En: *Chronique internationale de l'Ires,* 2011, p. 74. Del mismo autor: "Portugal - Du pareil au même: un nouveau gouvernement mais toujours la même politique". En: *Chronique internationale de l'Ires*. 2011, p. 13.

(4) Véase SANTOS ORTEGA, A.; MARTIN MARTIN, P. "Espagne: chômage, vies précaires et action collective". En: *La Revue de l'Ires*. 2012.

en caso de incidente o accidente en la vida de la empresa. Así, el conocido y antiguo artículo L.122-12 al.2 del Código de Trabajo francés, que data de una ley de 1928 –hoy art. L.1224-1 del Código de Trabajo– dispone que, en caso de fusión, absorción o transformación de la situación jurídica de la empresa, el asalariado tiene asegurada la continuidad de su contrato laboral en la nueva empresa. Esta disposición legal, sujeta a interpretaciones jurisprudenciales fluctuantes bajo la presión del derecho de la Unión Europea(5) y de su juez natural –el TJUE–, no deja de ser un residuo de un enfoque de estabilidad laboral impuesto al mercado y a las operaciones de las empresas. Esta estabilidad laboral no apareja, sin embargo, una seguridad laboral puesto que el nuevo empresario, legalmente obligado a aceptar a los empleados de la empresa de origen, no pierde por ello el derecho de despedirlos posteriormente. Vemos claramente que estabilidad no equivale a seguridad.

La seguridad laboral parece así tener un sentido más fuerte que el de estabilidad. En Europa contábamos indiscutiblemente con un caso típico de seguridad laboral: el de los funcionarios que, por su estatus, se benefician de una seguridad laboral que no tienen los asalariados; el funcionario cuenta con la garantía de mantener su empleo hasta la jubilación mientras que el asalariado se expone a perderlo, ya sea por el término del contrato o por despido. Sin embargo, la gestión de los efectos de la crisis financiera de 2008 en Grecia demostró que ni siquiera los funcionarios y los trabajadores del Sector Público estaban exentos de perder su empleo.

Dicho esto, el trabajador asalariado también puede reivindicar cierta seguridad laboral o, al menos, estabilidad en cuanto a la duración de la relación laboral. Así, la seguridad laboral es, en principio, mayor para el titular de un contrato de trabajo de duración indefinida (CDI en adelante) que para el que solo tiene un contrato de trabajo de duración determinada (CDD en adelante). Tal afirmación ha de matizarse también hoy en día pues, desde la crisis de 2008, ha hecho aparición en algunos Estados de la Unión Europea un CDD con una duración relativamente larga, de hasta 3 años, dando lugar paradójicamente a una cierta seguridad laboral en el empleo precario. Asimismo, la seguridad laboral es mayor cuanto menor es el riesgo de ser privado del puesto de trabajo contra la propia voluntad; en otros términos, cuantas más garantías de forma y de fondo tenga el contrato de trabajo, mayor será la seguridad potencial en el empleo. Sin embargo, es precisamente el

(5) Directiva 2001/23/CE del Consejo, del 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82, 22/03/2001).

riesgo de perder el empleo lo que ha aumentado con las reformas posteriores a la crisis de 2008 en Europa. Las reformas laborales posteriores a 2008 en Europa han hecho tambalear las representaciones clásicas de estabilidad laboral al reconfigurar los elementos del contrato de trabajo, no con el objetivo de proteger los intereses de los trabajadores sino con el de deconstruir las representaciones de la relación individual de trabajo heredada del siglo XX.

Si bien existe una gran proximidad entre estabilidad y seguridad, podemos considerar, no obstante, que la seguridad tiene un sentido más fuerte y que implica garantías que no comporta el término de estabilidad. Analicemos la estabilidad laboral desde el punto de vista de la duración de la relación laboral. Desde este punto de vista, hay estabilidad en el empleo cuando se concluye un contrato de trabajo de duración indefinida y a jornada completa. Recordemos a este respecto que el CDI, como forma típica de la relación de trabajo, es un logro relativamente reciente en la mayoría de los países de la Unión Europea. No es sino después de la guerra (esto es, en un periodo de crecimiento económico y de pleno empleo) que el modelo de referencia pasa a ser el del trabajo asalariado, estable y provisto de un estatuto. Más concretamente, hasta que no se reguló el despido tanto en el fondo como en la forma, el CDI suponía una forma de empleo más inestable que el CDD. Paulatinamente el CDI se impondrá como norma de referencia a medida que se perfila y se refuerza la protección del despido(6), labor realizada por los legisladores europeos en los años setenta.

A partir de estos años, tras la primera crisis del petróleo, cambia el contexto económico y las situaciones particulares de empleo se multiplican; comienza así una larga y duradera fase en la que la precariedad laboral no deja de aumentar. Al mismo tiempo se abre un periodo de regulación legal de las formas atípicas de empleo, a partir de una figura central, formalmente considerada como la de derecho común: la del contrato de duración indefinida y a jornada completa. Dependiendo de los países, la regulación de los contratos atípicos y precarios tardará más o menos tiempo y oscilará entre la permisión total de estas formas de empleo y la protección de los trabajadores precarios. De manera más o menos expresa e intensa en función de los sistemas jurídicos, estas formas de empleo se considerarán como excepciones contractuales para la realización de tareas concretas, ocasionales y temporales. Sin duda, en Europa el CDI constituye aún hoy la forma jurídica de la mayoría de trabajaros aunque, si se considera en términos de

(6) En Francia, así como en otros países de la Unión Europea (Italia, España, etc.), se lleva a cabo en los años 70.

"flujo", la mayoría de contrataciones en la mayor parte de Estados miembros de la Unión Europea se hace hoy con un CDD[7].

Dicho esto, no es posible hoy en día reducir el estudio jurídico de la estabilidad laboral a la simple duración de la relación de trabajo, aunque es verdad que este aspecto sigue siendo primordial. Sin embargo, desde una perspectiva europea, las reformas del mercado de trabajo adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea a partir de la crisis financiera de 2008 se refieren principalmente a las condiciones de ejecución de la relación de trabajo de duración indefinida y, accesoriamente, a las relaciones de duración determinada. No obstante, la estabilidad laboral –proclamada muy recientemente en Francia con la ley de modernización del mercado de trabajo de 2008 o hace poco en Italia con la Ley Fornaso de 2012[8]– esconde profundos cambios respecto a las condiciones de ejecución del contrato de trabajo de duración indefinida, cambios que introducen flexibilidad o, en otros términos, elementos de inestabilidad en una relación de trabajo estable en nombre de la no destrucción de empleo.

El legislador francés de 2013 adoptó un texto para *securizar* las carreras profesionales (avatar de la flexiguridad europea), aplicando así la idea de una seguridad social profesional que permita crear un sistema de derechos ligados a la persona del trabajador, independientemente de su estatus (asalariado, demandante de empleo) o su contrato de trabajo. Se trata de instaurar nuevas formas de seguridad que otorguen a los asalariados unos derechos que no se vean afectados por el cambio de un puesto de trabajo a otro y/o por el paso de una situación de paro a una de trabajo. La estabilidad laboral versus la *securización* de las carreras profesionales según terminología francesa, o versus la flexiguridad según el modelo de Bruselas (inspirado del modelo danés y alemán), implica una movilidad de los trabajadores; una movilidad indispensable incluso para la fluidez del mercado laboral y, llegado el caso, para la permanencia en el empleo.

¿Dónde se origina la transformación del significado de "estabilidad laboral"?

El origen de este cambio se encuentra en la política europea elaborada por la Comisión en su Comunicación de junio de 2007 denominada "Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad". Tal es el marco de referencia que, a partir de 2008, van a seguir las reformas legislativas de los mercados de trabajo en los Estados miembros.

(7) Es el caso de España desde 1994. Cfr. VINCENT, C. "Espagne - Une réforme de plus pour flexibiliser le marché du travail espagnol". En: *La Revue de l'Ires*, 2012, p. 3.

(8) El artículo 1 de la ley indica que el CDI es la forma normal de toda relación de trabajo.

Dependiendo de los Estados, las fuerzas sindicales, la capacidad de resistencia o el nivel de endeudamiento, etc., el grado de aproximación a esta política europea de flexiguridad varía en cada país. Sin embargo, podemos formular la hipótesis de que las diferencias legislativas nacionales –fruto de la historia social, económica y política de cada país– están difuminándose, pues el objeto de la Troika (FMI + Banco Central Europeo y Comisión Europea) es conseguir una convergencia en los derechos laborales de los Estados miembros, no para ofrecer mayor protección a los trabajadores sino para incrementar el sometimiento individual –y colectivo– al poder unilateral del empresario, todo ello en nombre de la competitividad de las empresas sujetas a una competencia globalizada(9). Se trata, por tanto, de acabar con las principales fuerzas de oposición y con las raíces históricas y simbólicas de la protección legal de los trabajadores en cada uno de los Estados miembros. Estamos asistiendo, desde 2008, a una labor de deconstrucción completa de los derechos del trabajo nacionales.

Este proceso de convergencia de las políticas nacionales se efectúa sin obstáculo legislativo: la UE no tiene competencia para legislar en la materia, por lo que el proceso se lleva a cabo a través de una fórmula abierta de coordinación(10) basada en la definición de objetivos comunes y directrices para las políticas nacionales de empleo, que luego los Estados se comprometen a transcribir y concretizar a nivel nacional. De este modo, los países presentan un informe anual que es examinado por la Comisión y que puede ser objeto de recomendaciones del Consejo. Estas recomendaciones han podido sentirse más bien como una presión en algunos países particularmente afectados por la crisis, como en Grecia, donde el profesor Koukiadis llegó a calificarlas de disciplina de "Derecho del Trabajo de un país ocupado"(11). Y es que, efectivamente, las decisiones de reforma legislativa fueron adoptadas por instituciones extranacionales, a veces incluso sin previa negociación con los representantes sociales. Las transformaciones en el significado y el contenido de la estabilidad laboral en Europa han sido, por lo tanto, impuestas desde el exterior, por instituciones europeas e instituciones financieras supranacionales, con más o menos consideración hacia las instituciones de la democracia social y de la democracia política de los Estados miembros.

(9) SCHMIDT, M. "L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi". En: *Revue de Droit du Travail*. 2014, p. 454.

(10) Ídem.

(11) Citado por PAPADIMITRIOU, C. "Le droit du travail grec face à la crise: un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique". En: *RDCTSS*. Nº 2, 2012, p. 6, sp. p. 7.

La Comisión reformuló en 2010, en la estrategia denominada "Europa 2020", los objetivos en materia de flexiguridad, con dos orientaciones principales: por un lado, reforzar la flexibilidad interna (inspirada claramente de experiencias nacionales como la de Alemania sobre todo) para que los empresarios puedan adaptar el volumen de mano de obra a las necesidades de la empresa (tiempo de trabajo, desempleo parcial); y, por otro lado, reducir la segmentación del mercado de trabajo para acabar con la variedad contractual existente e instaurar un contrato único (contrato de duración indefinida con un periodo de prueba lo suficientemente largo[12], una protección progresiva de los derechos, un acceso progresivo a la formación, etc.), proyecto que caló en Francia y que continúa calando en el legislador italiano. A esto se añade la flexibilidad externa que entraña un relajamiento de la regulación del despido económico defendida por la Comisión Europea. Las reformas legislativas del mercado de trabajo europeo apuntan, por lo tanto, a estos tres elementos, en los cuales se asienta la nueva imagen de la seguridad laboral en Europa, inspirada en los llamados "modelos ganadores" que consiguen un compromiso entre empleo y economía.

La flexiguridad es presentada en las publicaciones como "una combinación más o menos satisfactoria de tres elementos: la regulación en materia contractual y de despido, la política de protección social y las políticas activas del mercado de trabajo"[13]. De entrada, hay que indicar que de la misma manera que no existe un modelo social único[14] en Europa, tampoco existe un modelo único de flexiguridad. Tenemos el modelo nórdico[15] (Dinamarca, Suecia, Finlandia y Países Bajos[16]),

(12) Por ejemplo, España creó, en virtud de la reforma de 2012, un nuevo contrato de trabajo para las empresas con menos de 50 trabajadores, en el cual el periodo de prueba puede durar un año. Cabe señalar, no obstante, que Grecia ha sido sancionada por el Comité Europeo de Derecho Sociales Fundamentales por haber introducido, en virtud de la Ley de 17 de diciembre de 2010, un periodo probatorio de 1 año en el CDI, periodo considerado excesivo y poco razonable, pues tiende a privar de todo alcance las garantías previstas en materia de preaviso y despido. Véase DELIYANNI-DIMITRAKOU, C. "La charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques: à propos des décisions Nº 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux". En: *Revue de Droit du travail,* 2013, p. 457.

(13) Cfr. KEUNE, M.; POCHET, Ph. "Flexicurité en Europe: une approche critique". En: *La revue de l'Ires*. Nº 63, 2009/4, p. 105.

(14) AUBIN, Cl. "A la recherche du modèle social européen". En: *Droit social*. 2008, p. 484.

(15) LEFEBVRE, A.; MEDA, D. "Performances nordiques et flexicurité: quelles relations?". En: *Travail et Emploi*. 2008, p. 129.

(16) En los Países Bajos y en Suecia tres aspectos se complementan indistintamente: la flexibilidad de los mercados de trabajo basada en una protección limitada contra el despido individual; unos regímenes de protección social generosos, con prestaciones por desempleo de larga duración, y unas políticas activas en el mercado laboral, como por ejemplo con un fuerte apoyo al tiempo parcial (actualmente casi el 50 % de los trabajadores tienen este tipo de jornada). Hay que añadir, como otro aspecto que explica el éxito de este modelo nórdico, el poco dinamismo de su demografía, como es el caso de Dinamarca, Suecia o Finlandia. Cfr. Keune, M. Pochet, Ph. "Flexicurité en Europe: une approche critique". Ob. cit., sp. p. Tenemos que mencionar no obstante los trabajos críticos de las políticas de flexiguridad en estos

alemán[17], británico[18] y los modelos mediterráneos del sur (Francia, España, Italia, Grecia)[19]. Si bien el modelo nórdico y el alemán han sido los más citados para justificar el interés de las reformas de flexiguridad en los países más afectados por la crisis, la realidad es que se han efectuado préstamos parciales de uno u otro modelo, los más favorables para el empresario, desembocando en la desnaturalización de dichos modelos para fines económico-financieros[20].

Las reformas del mercado de trabajo en Europa que han trastocado el significado de estabilidad laboral son la causa, a través de las llamadas "medidas de flexibilidad interna", de unas condiciones de empleo inestables en nombre de la *securización* del empleo e, incluso, de *securización* de las carreras profesionales. Este es el precio que ha habido que pagar y al que hay que añadir además las llamadas "medidas de flexibilidad externa", las cuales pretenden atenuar las protecciones respecto al despido. Es así como la estabilidad laboral en Europa se ha visto, en cuanto a su significado primero, radicalmente transformada pues, a partir de ahora, una relación de trabajo duradera encierra, e incluso conlleva, una inestabilidad potencial, debido a la flexibilización de las condiciones de ejecución del trabajo (I) y de la reducción de la protección en caso de despido individual y/o económico (II).

I. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN NOMBRE DE LA ESTABILIDAD LABORAL

A. Algunos ejemplos de medidas de flexibilidad interna en distintos países dejan muy claro que solo ciertos aspectos de los modelos de referencia han sido

países. WIERINK, M. "Pays Bas 15 ans après la flexisécurité, l'hyperflexibilité". En: *La revue de l'Ires*. 2014, p. 63. Uno de los resultados más significativos es el siguiente: aparte del trabajo a tiempo parcial y en CDI (herramienta mayor de flexibilidad interna para las empresas), el 30 % del empleo total es hoy en los Países Bajos un empleo flexible. En 2011, el 18,4 % de los contratos son de duración determinada. Se desarrolla el contrato de 0 horas, teniendo el trabajador que prestar servicios solo si se le llama, siendo remunerado únicamente por las horas efectivamente realizadas.

(17) En Alemania coexisten una importante seguridad laboral con una mejora continua de las competencias y una flexibilidad interna y funcional muy elevada, asociada a la negociación colectiva para la conciliación de los intereses de trabajadores y empresarios.

(18) En el Reino Unido cohabitan mercado laboral muy flexible y Estado de Providencia minimalista.

(19) Cada país ha heredado y cristalizado los elementos de seguridad y de protección de los trabajadores respecto a uno o varios de los tres aspectos de estabilidad laboral y tienen en común una muy fuerte determinación de la ley.

(20) Las comparaciones internacionales y el Derecho comparado se utilizan, en este caso, para servir intereses económicos y políticas particulares, carentes por tanto de la neutralidad que caracteriza la reflexión académica.

transpuestos, suprimiendo lo que constituía su principal virtud (o eficacia), puesto que dichos modelos se basan en una serie de elementos que, aplicados en su conjunto, permiten obtener un equilibrio global.

Desde 2003, Alemania, considerada como modelo de referencia en materia de flexibilidad interna[21], ha efectuado reformas y ha alcanzado compromisos sociales entre organizaciones sindicales y organizaciones patronales, lo que le ha permitido hacer frente a los efectos de la crisis financiera de 2008. El programa de reducción del tiempo de trabajo permitió e incitó a los empresarios a conservar el trabajo cualificado a la espera de la recuperación económica. La utilización del desempleo parcial, por un lado, y de los convenios colectivos de flexibilización, por otro, ha facilitado respuestas coyunturales ante situaciones difíciles, permitiendo conservar la reserva de mano de obra en las empresas. Las consecuencias de la crisis se han afrontado mediante la cooperación entre sindicatos y empresarios. Durante la primera etapa de la crisis financiera, que afectó a las industrias orientadas a la exportación y a la inversión, los sindicatos trabajaron activamente para preservar los puestos de trabajo por vía del desempleo parcial (reducción temporal de la duración del trabajo con una reducción de los salarios parcialmente compensada por la prestación por desempleo[22]). Hay que recordar, por otro lado, que el incremento del empleo en Alemania durante los años noventa se llevó a cabo con formas atípicas de empleo. Asistimos, desde entonces, a un incremento constante del trabajo a tiempo parcial (*mini jobs*[23]) y del trabajo temporal [24] que han sustituido los empleos estándar. Durante la crisis de 2008, fueron los trabajadores precarios los que sirvieron de variables de ajuste. El número de trabajadores pobres fue en incremento acarreando la condena de Alemania por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, por incumplimiento del derecho a una remuneración justa que garantice un nivel de vida digno[25]. Así pues,

(21) Para un análisis crítico, Véase P. Rémy, "Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne: un 'modèle' pour le droit français?". En: *Revue de droit du travail*. 2012, p. 133.

(22) MÜCKENBERGER, M. U.; NEBE, K. "Une protection segmentée: le droit social allemand face à la crise financière". En: *RDCTSS*, 2012, Nº 2, p. 60.

(23) Contratos asociados a ingresos mensuales inferiores a 400 euros. Ídem.

(24) El número de trabajadores temporales se duplicó entre 2000 y 2008; en 2009, el 47 % de los contratos de trabajo concluidos eran CDD; Ídem.

(25) Cfr. MAUL-SARTORI, M.; MÜCKENBERGER, U.: NEBE, K. "Une protection segmentée: le droit social allemand face à al crise financière". Ob. cit., sp. p. 63. Recordemos que en Alemania no hay salario mínimo para todos los trabajadores. Un salario mínimo legal interprofesional se aplicará a partir del 1 de enero de 2015. RÉMY, P. "Organiser le futur en Allemagne, Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de 'grande coalition 'en droit du travail". En: *Revue de droit du travail*, 2014, p. 283. Véase también SEIFERT, A. "L'emploi décent: le débat sur le salaire minimum". En: *Allemagne*. Mélanges F. Gaudu, Ed de l'IRJS, 2014. CHAGNY, O.; LE BAYON, S. "Alemagne - L'introduction

en Alemania, el consenso entre sindicatos y gobierno se ha conseguido en detrimento de los trabajadores precarios(26).

En Grecia se han aplicado medidas de flexibilidad interna de «alternancia en el trabajo», medidas para reducir el tiempo de trabajo y el salario en caso de que la empresa se encuentre en dificultad por un periodo máximo de 9 meses durante el año civil. Asistimos a una proliferación de acuerdos colectivos de empresa derogatorios con significativas reducciones salariales. Se ha incrementado la duración máxima de desempleo parcial, pasando de 6 a 9 meses por año(27).

En España las medidas de flexibilidad interna fueron aprobadas por Real Decreto-ley, de 16 de junio de 2010, y por la Ley de 17 de setiembre de 2010; las cuales fueron ampliadas por el Real Decreto-ley, de 10 de febrero de 2012 y la Ley 3/2012, de 7 de julio de 2012. Esta última incluye un capítulo denominado "Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo". La Ley 3/2012 ha ampliado la facultad del empresario para modificar el tiempo de trabajo a falta de convenio colectivo. Los textos de 2010 introdujeron la movilidad funcional –ascendente y descendente–, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo; los de 2012 añadieron la reducción de la duración del trabajo ligada a una reducción salarial(28) y sustituyeron la categoría profesional por el grupo profesional para facilitar a los empresarios la aplicación de movilidades funcionales. Con las reformas de 2012, el conjunto del sistema que regulaba las modificaciones del contrato de trabajo (relativas a la duración del trabajo, al sistema de remuneración, a los regímenes de trabajo por turnos), y que distinguía entre modificaciones individuales y colectivas, ha sido revisado en beneficio de una ampliación de las primeras (aumentado el límite máximo de personas a las que puede afectar la medida) y en detrimento de las segundas, lo que supone una ampliación sin precedentes del poder unilateral del empresario. Cualquier tipo de movilidad ya no está ligada a causas precisas y previamente definidas, sino a razones de competitividad, productividad, organización técnica u organización del trabajo en la empresa, eliminando cualquier posibilidad

---

d'un salaire minimum légal: denèse et portée d'une rupture majeure". Chronique Internationale de l'Ires, 2014, p. 3.

(26) Recordemos que numerosos convenios colectivos no han aplicado el principio de igualdad de trato y han adoptado salarios muy bajos para los trabajadores temporales.

(27) PAPADIMITRIOU, C. "Le droit du travail grec face à la crise: un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique", En: *RDCTSS*. Nº 2, 2012, p. 6.

(28) VALDES DAL RÉ, F. "Flexibilité interne et réforme du marché du travail: le cas espagnol". En: *RDCTSS*. 2012, Nº 2, p. 18.

de interpretar la movilidad con relación al principio de proporcionalidad; entre otras cosas, el plazo de información al trabajador ha pasado de 30 a 15 días[29]. Al igual que en Alemania, el legislador español ha flexibilizado las condiciones para reducir la duración del trabajo al suprimir la autorización administrativa previa, manteniendo no obstante un periodo de consulta con los representantes legales de los trabajadores. En una rotunda intervención, Fernando Valdés Dal-Ré resumió la situación de la siguiente manera: "Ahora, el Gobierno, en la medida en que ya no puede devaluar la moneda nacional, pues ésta no existe bajo esa condición, ha decidido que ese razonable objetivo va a poder alcanzarse a través de la fórmula más primaria y primitiva: la degradación y el deterioro de las condiciones de trabajo de los asalariados"[30].

Reino Unido ha recurrido a los mismos elementos de flexibilidad interna pero sin intervención legislativa; se ha hecho "de manera natural" a través de la negociación colectiva.

En Francia, no sin un ligero desfase temporal, se hizo frente a los efectos de la crisis de 2008 con el Acuerdo Nacional Interprofesional del 11 de enero de 2013[31], recogido en la Ley de 14 de junio de 2013 y que ha sido fuente de encendidas discusiones en la Doctrina laboral. La solución de los representantes sociales y del legislador sigue una lógica que no dista mucho de la flexiguridad sueca o alemana y se traduce por la utilización de una terminología franco-francesa de "securización del empleo y de las carreras profesionales"[32]. En pocas palabras, se intentan articular positivamente las obligaciones de la empresa con las perspectivas profesionales individuales, o dicho en otros términos, se trata de conciliar el corto plazo empresarial con el largo plazo de la vida profesional de un trabajador. Es esta la razón por la que la reforma francesa del mercado de trabajo

(29) PUEBLA, E.M. "La réforme 2012 du marché du travail en Espagne: la flexibilité jusqu'au bout". En: *Revue de droit du travail*. 2012, p. 442.

(30) Ibídem. sp. p. 21.

(31) Acuerdo de 11 de enero de 2013 para un nuevo modelo económico y social al servicio de la competitividad de las empresas y de la seguridad en el trabajo y de la trayectoria profesional de los trabajadores. Ley del 14 de junio de 2013 de seguridad en el trabajo. Origen de una abundante literatura, véase en particular.

(32) GUIOMARD, F. "La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion". En: *Revue de droit du travail*. 2013, p. 616. El autor muestra, como fuente de esta terminología, los estudios realizados por Alain Supiot en su informe para la Comisión Europea, Flammarion, 1999. La expresión ha sido abundantemente utilizada en los economistas primero y después en los juristas. Véase por ejemplo, CHAUCHARD, J .P. "La sécurisation des parcours professionnels". En: *Semaine Sociale.* Lamy, 2004, Nº sp. 1348, 7 avril 2004. VACHET, G. "Sécurisation des parcours professionnels: utopie ou réalité". En: *Droit social*, 2006, p. 963. CAILLAUD, P.; MAGGI GERMAIN, N. "Vers un droit personnel à la formation?". En: *Droit social*. 2007, p. 574. GAZIER, B. "Flexicurité et marchés transitionnels du travail: esquisse d'une réflexion normative". En: *Travail et emploi*. Nº 113, 2008, p. 117.

introdujo, como contrapartida a las numerosas medidas de flexibilización interna, derechos reforzados y/o nuevos derechos en materia de formación profesional(33). De esta forma, se han introducido dos tipos de movilidad. Una individual, denominada "segura", permite al trabajador suspender temporalmente su contrato de trabajo y ejercer una actividad en otra empresa por un tiempo determinado, al término de la cual podrá volver a su empresa de origen, haciendo uso de su derecho a volver, o abandonarla definitivamente(34), lo que permite reducir el riesgo del cambio de trabajo por iniciativa del asalariado. No obstante, cabe señalar que esta movilidad no es un derecho del trabajador, pues se necesita el acuerdo del empresario.

El legislador también ha introducido otra movilidad acordada convencionalmente y de carácter geográfico y funcional a pesar de que la empresa no se encuentre en dificultad. Esta movilidad se apoya en los convenios colectivos de trabajo de movilidad, que amplían la capacidad del empresario para modificar las condiciones de ejecución del contrato y disminuir a su vez el riesgo de oposición del trabajador, en caso de que se negara a someterse al cambio o que iniciara una acción judicial contra la decisión de modificación(35).

Asimismo, al igual que en Alemania, el legislador francés ha introducido la posibilidad de llegar a acuerdos de mantenimiento del empleo, de forma que, en un periodo máximo de dos años, se puede modificar el tiempo de trabajo de los empleados, aumentándolo o reduciéndolo, y manteniendo o reduciendo el salario, según el caso, como contrapartida al mantenimiento del empleo. Estos acuerdos mayoritarios derogatorios solo pueden adoptarse en caso de graves dificultades de la empresa y no, en principio, para ser más competitivo(36). En cuanto a la utilización del desempleo parcial, el legislador francés, al contrario que el alemán, no ha apostado por ello, quedando esta opción, a pesar del relajamiento de las condiciones, poco utilizada en Francia debido a que aún no es suficientemente interesante para los empresarios(37), incluso si se ha registrado en 2008 et 2009 un

(33) En este punto se basó la CFDT, uno de los sindicatos sin el cual el Acuerdo no se habría firmado. Señalemos que la formación profesional también ha sido objeto, en menor medida, de la reforma española de 2012.

(34) TOURNAUX, S. "Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée". En: *Droit social*. 2013, p. 713.

(35) ANTONMATTEI, P.H. "L'accord de mobilité interne: il faut l'essayer". En: *Droit social*. 2013, p. 794.

(36) COUTURIER, G. "Accords de maintien de l'emploi". En: *Droit social*, 2013, p. 805. PESKINE, E. "Les accords de maintien dans l'emploi - Ruptures et continuités". En: *Revue de droit du travail*. 2013, p. 168.

(37) WILLMAN, C. "Chômage partiel et APLD: un ensemble complexe, très réformé et perfectible". En: *Droit social*. 2013, p. 57. "Loi de sécurisation de l'emploi et assurance chômage : l'essentiel et l'accessoire".

claro aumento. La Ley de 2013 debía simplificar y unificar el régimen de desempleo parcial, pasándose a llamar actividad parcial; la ley aprobó una indemnización única de actividad parcial.

B. Más allá de las medidas de flexibilización en relación con el contrato de trabajo, las reformas del mercado laboral en Europa han llevado a reconsiderar la articulación de las fuentes del Derecho apostando claramente por una utilización de la negociación colectiva contra el contrato individual de trabajo y por desjudicializar los litigios individuales del trabajo.

O bien se ha procedido, como ha hecho el legislador en España, a prohibir la negociación colectiva como procedimiento de introducción de medidas de flexibilidad interna en las empresas, aumentando el poder de modificación unilateral del empresario y restableciendo una concepción arcaica de la empresa como territorio de gestión exclusiva del jefe empresarial(38); o bien hemos asistido a una nueva ola de descentralización de la negociación colectiva para facilitar la adopción de acuerdos de empresas derogatorios bajo la presión y/o amenaza mercantilista de los jefes de empresa. Por ejemplo, en Polonia, la flexibilización de la duración del trabajo en las empresas ha sido introducida por nada menos que 1.076 acuerdos de empresa(39). Claro está que en ciertos Estados miembros, como en Reino Unido, no ha hecho falta ni presión de la Troika ni ley alguna para que la negociación colectiva de empresa sirva de herramienta de adaptación, sin duda porque en este país la negociación colectiva se ha realizado histórica y estructuralmente a nivel empresarial. Así, pues, se han acordado concesiones recíprocas, en las que los sindicatos han aceptado, a condición de mantener los puestos de trabajo, reducciones en la duración del trabajo con la consiguiente pérdida de remuneración, congelación de salarios, flexibilidad del trabajo e incluso reducciones salariales(40). En Reino Unido, en 2010, la congelación de salarios supuso, todos los sectores incluidos, un tercio de los acuerdos alcanzados en las empresas. Se han realizado, por tanto, apaños contractuales o convencionales sin ninguna exigencia legislativa. En Grecia, la ley de 2011 había modificado la jerarquía de los convenios colectivos dando prioridad a los acuerdos de empresa y derogando el principio de condición más

---

En: *Droit social*. 2013, p. 772. BAUGARD, D. "L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013". En: *Droit social*. 2013, p. 798.

(38) VALDÉS DAL RÉ, F. "Flexibilité interne et réforme du marché du travail". En: *RDCTSS.* Nº 2, 2012, p. 18, sp. p. 19.

(39) MITRUS, L. "Crise économique et droit du travail: l'expérience polonaise". En: *RDCTSS.* 2012, p. 50.

(40) BARNARD, C. "L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni: révolution ou évolution?". En: *RDCTSS.* 2012, p. 96.

beneficiosa. Un estudio llevado a cabo en 2012 indica que el 67 % de los acuerdos de empresa han impuesto reducciones drásticas de salarios, especialmente los acuerdos concluidos por "personas reunidas" que no se constituyen como sindicato(41).

En Italia, la facultad de derogar in peius con un acuerdo de empresa se ha formalizado por el Acuerdo Nacional Interprofesional de 22 de junio de 2009 no firmado por la CGIL. Pero en el Acuerdo del 28 de junio de 2011, firmado por los tres grandes sindicatos, se ha reconocido la centralidad del acuerdo de rama de actividad, no sin conceder la posibilidad de introducir las llamadas "cláusulas de salida" que permiten a los acuerdos de empresa derogar las disposiciones convencionales de rama de actividad en perjuicio de los trabajadores. En 2011, el legislador italiano, a través de un artículo llamado "apoyo a la negociación colectiva de proximidad", ha transformado el paisaje del Derecho Laboral italiano(42). De esta manera, la negociación colectiva de empresa o territorial puede producir acuerdos que deroguen, en cualquier punto, los acuerdos de rama de actividad y la ley. Esta posibilidad lleva "a una auténtica explosión del Derecho Laboral, pues cada empresa puede ahora escribir su propio Derecho del Trabajo(43)". Aun cuando la autonomía sindical italiana ha permitido alcanzar un acuerdo entre las tres confederaciones para no aplicar esta nueva regla y establecer que sea la negociación colectiva de nivel superior la que regule la negociación colectiva derogatoria de empresa, la reforma de 2011 introduce una falla en el sistema contractual italiano poco propicia para la defensa de los intereses de los trabajadores.

Sin embargo, en países como Francia o Alemania, en los que la negociación colectiva de rama o de sector tenía un grado intermedio de protección, ha sido necesario "forzar" la descentralización ya sea a través de la ley, apoyándose en un acuerdo interprofesional, ya sea, como en Alemania, a través de los propios acuerdos de rama.

Así pues, en Alemania, el derecho convencional, históricamente estructurado alrededor de la negociación por rama de actividad, ha visto cómo con la crisis de 2008 se ha intensificado la descentralización de la negociación colectiva al ámbito del centro de trabajo. Hay que recordar que, a este nivel, los acuerdos se establecen entre el empresario y el comité de empresa y no con el sindicato –sin presencia formal en la empresa–. Los salarios mínimos y la duración del tiempo

(41) PAPADIMITROU, C. "Grèce, Actualités juridiques internationales". En: *RDCTSS*. 2013-1, p. 116.

(42) LOY, G. "La réforme italienne: entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique". En: *RDCTSS*. 2012, p. 38.

(43) MARTELLLONI, F. "Brève histoire italienne d'un droit du travail 'en mode mineur'". En: *Revue de droit du travail*, 2013, p. 288, sp. p. 292.

de trabajo suelen establecerse por convenios colectivos de rama a nivel federal o regional. El convenio colectivo concluido por un sindicato (por tanto, a nivel de rama de actividad) goza legalmente de prioridad, incluso sobre las cuestiones sobre las que el comité de empresa ostenta derechos de decisión conjunta. "La ley dispone que, sobre los salarios y otras condiciones de trabajo, como la duración del trabajo, basta que la cuestión sea regulada por convenio colectivo sindical para que quede excluido cualquier acuerdo de empresa con el consejo de empresa(44)". No obstante, la ley establece que los convenios colectivos de rama pueden prever «cláusulas de apertura" para que el empresario y el consejo de empresa puedan tratar sobre estas cuestiones. Son los sindicatos los que "se han hecho" con esta posibilidad y los que han dirigido y, por tanto, controlado, al menos legalmente, el movimiento de descentralización de la negociación colectiva hacia la empresa. Numerosos acuerdos de este tipo se han realizado con el objetivo de salvar puestos de trabajo, gracias a concesiones de los trabajadores en el tiempo de trabajo y en los salarios; y de los empresarios en la seguridad del empleo. Estos acuerdos de empresa derogatorios han podido ser negociados y concluidos entre empresarios y comités de empresa gracias a las llamadas cláusulas de apertura que pueden incluirse en los acuerdos colectivos(45) de rama, las cuales autorizan la derogación de normas convencionales superiores. El 70 % de las industrias afectadas por la crisis han firmado tales acuerdos(46).

En Francia, desde las leyes Auroux de 1982, el orden público social se ha visto progresivamente recortado y cuestionado por leyes que otorgan a la autonomía colectiva la posibilidad de reducir los derechos de los asalariados consagrados por ley o por niveles superiores de derecho internacional. El alcance de los acuerdos derogatorios de empresa se ha ampliado, reduciendo correlativamente el alcance de las normas legales que establecen unos derechos mínimos. La negociación colectiva descentralizada se instrumentaliza claramente para responsabilizar

(44) RÉMY, P. "Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne: un 'modèle pour le droit français?". Ob. cit., sp. p. 134.

(45) Ibídem., sp. p. 65.

(46) Ibídem, sp. p. 65. Los autores señalan también que la progresión de nuevos sindicatos fuera de la DGB, más bien profesionales, con capacidad de firmar acuerdos colectivos de trabajo aplicables a empresas suponen un aspecto muy novedoso en el contexto alemán, esto es, la posibilidad de tener varios acuerdos colectivos aplicables en una misma empresa, habiendo la jurisprudencia abandonado el llamado principio de unidad convencional. La introducción de este pluralismo convencional en el ámbito de la empresa asociada a la posibilidad de las llamadas "cláusulas de diferenciación sindical" suponen un riesgo de división entre trabajadores de un mismo ámbito de trabajo y por tanto merma la capacidad de movilización y resistencia de la DGB. Ibídem, sp. p. 141. El legislador aleman ha previsto legislar sobre el principio de unidad convencional en el centro de trabajo. Véase RÉMY, P. "Organiser le futur de l'Allemagne - Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de 'grande coalition". en droit du travail". Ob. cit., sp. p. 289.

o co-responsabilizar a los sindicatos de las decisiones empresariales de disminución de las condiciones de trabajo en pos del mantenimiento del empleo(47). La negociación colectiva se ha puesto al servicio del poder de dirección mientras que los sindicatos, en todos los países (no solo en Francia), están mermados y no tienen prácticamente ¡ninguna capacidad de resistencia o de presión! "Por mucho que el legislador de 2008 haya querido reforzar las exigencias de autenticidad de la representación sindical, la relación de fuerza inherente a toda negociación es evidentemente desequilibrada cuando existe un paro masivo y el 95 % de los trabajadores del sector privado no están sindicados"(48). Por otro lado, ya no es completamente necesario contar con organizaciones sindicales para negociar en la empresa, pues en las empresas de menos de 200 trabajadores, desprovistas de delegados sindicales, el personal puede elegir a sus representantes, los cuales podrán negociar y concluir acuerdos colectivos de empresa; asimismo, en cualquier empresa que carezca de representante elegido o sindical, uno o varios trabajadores apoderados por un sindicato exterior pueden negociar y concluir acuerdos colectivos de trabajo derogatorios.

En España, ante la inexistencia de articulación de los niveles de negociación colectiva, los convenios de nivel inferior no estaban obligados a respetar los acuerdos nacionales de la rama de actividad y, en caso de conflicto por el concurso de convenios colectivos de ámbito de aplicación diferente, se daba prioridad al convenio vigente. El Decreto-ley de 10 de febrero de 2012 reforzó los poderes de negociación colectiva de empresa, otorgando absoluta prioridad a los acuerdos de empresa respecto los de rama de actividad en materia de salario, trabajo por turnos, etc. "Así pues, en los principales aspectos que condicionan la organización y el coste del trabajo en la empresa, es el acuerdo de empresa el que prevalece"(49). El legislador español ha instaurado las llamadas "cláusulas de descuelgue salarial" que contemplan la posibilidad de no aplicar temporalmente los convenios colectivos en aquellas empresas que, durante dos trimestres seguidos, registren dificultades económicas. La suspensión puede afectar a las disposiciones relativas al tiempo de trabajo, a los horarios, al sistema de remuneración, al salario, a la organización del trabajo, a las funciones o la protección social complementaria. La suspensión está condicionada a un acuerdo con los representantes del personal después de una fase de consulta. A falta

(47) En el mismo sentido, POIRIER, M. "Négociation collective: arrêter le massacre" IIème partie: La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail". En: *Droit ouvrier.* 2013, p. 250.

(48) Ibídem, sp. p. 251.

(49) PUEBLA, E.M. "La réforme 2012 du marché du travail en Espagne: la flexibilité jusqu'au bout". En: *Revue de droit du travail.* 2012, p. 447.

de acuerdo, cualquiera de las partes puede solicitar la intervención de la Comisión Paritaria para que se pronuncie en un plazo de siete días sobre los puntos de disconformidad. A falta de acuerdo en la Comisión Paritaria, se puede entonces recurrir a la mediación y al arbitraje(50). A finales de 2012 se adoptaron 400 acuerdos de descuelgue salarial(51). Por último, la ley de 2012 redujo el periodo de ultraactividad (periodo de prórroga de las ventajas convencionales tras el término del convenio) a dos años.

La negociación colectiva, descentralizada y abierta a otros firmantes aparte de las organizaciones sindicales, ha sido masivamente utilizada para introducir esta flexibilidad interna. Lo cual no está exento de problemas, como el de la transformación de la función tradicional de la negociación colectiva que, en principio, formaba parte de la autonomía colectiva para proteger a la parte frágil del contrato del trabajo y restablecer o compensar así el desequilibrio de las partes, así como mejorar los contenidos normativos de la ley. Era pues un apoyo al contrato de trabajo. A partir de ahora, los acuerdos de flexiguridad constituyen un respaldo a los poderes de dirección y organización del empresario. Estos acuerdos modifican sustancialmente el contrato de trabajo, puesto que tratan sobre aspectos básicos del contrato: duración, función, salario. Suponen un menoscabo, al menos formal, de la capacidad de resistencia que el trabajador tenía, con el contrato de trabajo, ante el poder de decisión del empresario. Reducen, por tanto, la capacidad del trabajador para resistir o recurrir a la Justicia. ¿Qué control llevará a cabo el juez ante la negativa de un trabajador a aceptar un acuerdo de mantenimiento del empleo? La prevalencia del acuerdo colectivo sobre el contrato de trabajo está reforzada por la legitimidad de este tipo de acuerdo que, en Francia, ha de ser mayoritario, esto es, estar firmado por sindicatos con al menos el 30 % de los sufragios en las elecciones profesionales. En Italia, el Decreto-ley de 2011 también permite los llamados "acuerdos de proximidad", concluidos por una mayoría, con el objetivo final de derogar la ley o el convenio colectivo en diversos puntos(52).

En Francia, la conclusión de acuerdos de mantenimiento del empleo o de movilidad en virtud de la ley de 2013 afecta a la articulación de normas individuales y colectivas, puesto que la negación del trabajador se traduce ipso jure, por una precalificación de la ruptura del contrato, en un despido económico

(50) Para un análisis de este sistema, véase E.M. Puebla, ibídem.

(51) Datos extraídos a partir de un estudio citado en VINCENT, C. "Entre conflits et négociations: les syndicats espagnols face à la défense de l'emploi". En: *Chronique internationale de l'Ires*, 2013, p. 30.

(52) MATTEI, A.; NADALET, S. "Italie". En: *RDCTSS*. 2013/1, p. 118.

individual y por la constitución previa de la causa real. Al firmar tales acuerdos, los sindicatos firmantes apoyan indirectamente la idea de una legitimidad del despido en nombre del mantenimiento del empleo. Pero, además, la fuerza otorgada por la legitimidad particular del acuerdo colectivo mayoritario podría constituir un obstáculo para que el juez realice un control eficaz de la causa. La legitimidad del despido por el acuerdo aparejaría un menoscabo del poder de valoración del juez. No son más que algunos ejemplos de consecuencias indirectas de las medidas de flexibilización internas, que habría que sumar a los efectos directos de las medidas de flexibilización externa, destinadas a atentar contra las protecciones establecidas del derecho de despido en la mayoría de países de la Unión Europea.

II. LA DISMINUCIÓN DE LA PROTECCIÓN EN CASO DE RESCISIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN INDEFINIDA

El periodo poscrisis de 2008 está, en Europa, lleno de ejemplos de debilitación de la estabilidad del empleo a través de medidas de flexibilización externa. El objetivo de los legisladores no ha sido el de aumentar la seguridad laboral de los trabajadores, sino el de reforzar la seguridad jurídica de los empresarios introduciendo varias limitaciones al control judicial de los actos jurídicos del empresario, sobre todo los relacionados con el despido.

También se ha abaratado el despido y relajado sus requisitos de forma y fondo al modificar los plazos. Estas reformas hacen pensar que los legisladores europeos han perdido de vista el valor económico y simbólico que el empleo tiene para los trabajadores; les ha parecido más importante la protección de la salud financiera de las empresas, liberándolas del control judicial de sus decisiones y, por lo tanto, de las exigencias de los plazos judiciales.

En Grecia la licitud del despido no depende de la existencia de una causa seria. Existen, no obstante, reglamentos internos que prevén la obligación de motivar el despido o de seguir un procedimiento determinado; la ley de 2012 ha dejado sin efecto todas estas cláusulas de estabilidad laboral incluidas en los reglamentos internos o en los acuerdos colectivos de trabajo. La misma ley ha facilitado el despido económico al suprimir la autorización administrativa y quitarle a los sindicatos toda competencia y derecho de control. Al suprimir con la ley de 2012, entre otras cosas, toda indemnización por despido de un trabajador con

menos de un año de antigüedad en la empresa, el Derecho griego ha apostado por la flexibilización absoluta(53).

En Italia, el principal aspecto de la reforma llevada a cabo por la ley de 28 de junio de 2012 (reforma Fornero) ha sido el de "acabar con el tabú del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores(54)" que establecía para el despido, tanto individual como colectivo, considerado abusivo, la reintegración del trabajador. El juez dispone ahora de una única sanción: el pago de una indemnización máxima de 24 meses de salario. La reintegración solo es posible en tres casos: en el despido discriminatorio, en el disciplinario sin justa causa y en el despido objetivo improcedente o si el hecho que lo fundamenta es manifiestamente inexistente. En Italia, para justificar las limitaciones impuestas al papel del juez, se ha esgrimido también la inseguridad jurídica en la que se encuentra el empresario por la acción de la Justicia, sobre todo al imponer al trabajador un plazo de 60 días para oponerse a la decisión y un plazo de prescripción de 9 meses a partir de la cesación de la relación de trabajo para impugnar la ruptura del contrato por el empresario.

En Reino Unido se han reducido las indemnizaciones por despido, limitándolas a un máximo de 12 meses de salario en caso de despido sin causa real y seria(55).

En España los representantes sociales firmaron en 1997 un acuerdo interprofesional para la estabilidad del empleo en el que aceptaron negociar la flexibilización del mercado de trabajo para abaratar el despido a cambio de un menor uso de los contratos precarios(56). El régimen jurídico del despido en España, residuo del franquismo, era uno de los más protectores y costosos de Europa(57). Desde 1997 existía en España una forma de ruptura llamada "despido exprés" en la que el empresario podía reconocer en un proceso judicial que el despido disciplinario pronunciado era improcedente, poniendo a disposición del juez la indemnización de despido especial de 45 días de salario por año trabajado, lo que permitía inte-

(53) PAPADILITROU, C. "Grèce". En: *RDCTSS*. 2012/1, p. 127.

(54) LOY, G. "La réforme italienne: entre le malentendu de la flexibilité et la tentation du contrat unique". En: *RDCTSS*. 2012, sp. p. 43.

(55) Barnard, C. "L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni: Révolution ou évolution?". Ob. cit., sp. p. 103.

(56) Cfr. VINCENT, C. "Espagne - Une réforme de plus pour flexibiliser le marché du travail espagnol". En: *Chroniuqe internationale de l'Ires*. 2012, p. 3.

(57) Como contrapartida a la ausencia de libertades colectivas, el poder franquista garantizaba una estabilidad laboral de los trabajadores nada desdeñable.

rrumpir el juicio, poner fin a la relación de trabajo y dar una seguridad jurídica al empresario[58]. Este despido exprés fue suprimido por la reforma de 2012. La Ley 3/2012, de 6 de julio de 2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha reducido la indemnización del despido improcedente antes mencionado pasando de 45 a 33 días por año de servicio con un máximo de 24 meses de salario; la misma ley de 2012 ha suprimido cualquier indemnización por despido de un trabajador con menos de un año de antigüedad y ha ampliado las causas por las que poder utilizar el despido económico con indemnización de 20 días por año de servicio. El legislador de 2012 suprime también el pago de los salarios entre la fecha de cesación del trabajo y la fecha de notificación del despido por el juez si el empresario opta por no reintegrar al trabajador.

Globalmente el legislador español ha buscado la simplificación sobre el fondo y sobre la forma del régimen jurídico del despido económico[59], suprimiendo la autorización administrativa del despido económico[60] y abriendo la posibilidad de planes de despido colectivo en los organismos públicos. El Decreto-ley de 2 de agosto de 2013 suprime la posibilidad de organizar una consulta por centro de trabajo en caso de despido económico para crear una única consulta. El mismo texto aclara la información y los documentos que el empresario debe presentar durante el periodo de consulta en los despidos colectivos limitándolo a la documentación contable, fiscal y a los informes técnicos. El Decreto-ley establece también que el acuerdo de conciliación judicial, así como la interrupción definitiva del proceso, tendrán eficacia de cosa juzgada[61]. Con la supresión de la autorización administrativa de despido, la función de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo desaparece. A partir de ahora, los representantes de los trabajadores (CE, DP o DS) pueden acudir a la jurisdicción social a través de un procedimiento llamado de urgencia, en el término del cual el despido será declarado procedente o improcedente; este procedimiento suspende los procesos individuales y tiene eficacia de cosa juzgada.

(58) PUEBLA, M. "Espagne: radiographie d'une réforme". En: *Revue de droit du travail*. 2011, p. 521.

(59) PUEBLA, E. M. "La réforme 2012 du marché du travail en Espagne: la flexibilité jusqu'au bout". Ob. cit., sp. 445.

(60) Véase VINCENT, C. "Espagne: Entre conflits et négociations: les syndicats espagnols face à la défense de l'emploi". Ob. cit., p. 30.

(61) GIL Y GIL, J.L. "Espagne". En: *RDCTSS*. 2013-2, pp. 111-112.

En Francia, la reforma del despido, como las medidas de flexibilidad, otorga prioridad a la negociación colectiva de empresa con acuerdo mayoritario(62), no sin otorgar la posibilidad de que el empresario pueda actuar unilateralmente. Si bien la consulta de las instancias representativas del personal se ha mantenido con el nuevo dispositivo, el legislador ha introducido dos opciones para elaborar un plan para evitar la destrucción de empleo, convencional o unilateral. Por otro lado, el legislador ha querido regular estrictamente para acortar la duración del procedimiento al imponer plazos máximos para la consulta.

Como en muchos otros países, el legislador francés ha reducido los plazos de prescripción(63) en virtud de la ley del 17 junio de 2008 sobre reforma de los plazos de prescripción en materia civil y la Ley 2013-504 del 14 de junio de 2013 sobre la reforma laboral. La prescripción de la acción de impugnación de la ruptura de la relación de trabajo ha pasado de 30 a 2 años y la de la acción al pago de salarios de 5 a 3 años. Todas estas reducciones se han justificado en aras de la seguridad jurídica de los empresarios, no pareciendo tener la de los trabajadores la misma importancia para el legislador, que más allá del derecho de acudir a la justicia no tendrían la misma necesidad de protección en el tiempo. Hay que señalar, no obstante, que la sencillez es únicamente aparente, pues en realidad estas reformas han introducido una diversidad de plazos inferiores o superiores a los anteriormente indicados, lo cual no es muy compatible con en el sentido de legibilidad y claridad de la ley, al menos para los trabajadores. Por otro lado, la ley de 2008 ha introducido la posibilidad de que las partes planifiquen convencionalmente los plazos de prescripción (art. 2254 del Código Civil) sin que puedan ser ni inferiores a 1 año ni superiores a 10 años. Esta opción representa naturalmente un problema en el caso de desequilibrio entre las partes. No obstante, paradójicamente, el legislador, para proteger a la parte débil del contrato, ha excluido ciertos contratos del ámbito de aplicación de la ley aunque no el contrato de trabajo (¡!). Este olvido no se compensa con la exclusión de algunos casos que conciernen la relación de trabajo, como la discriminación o la acción para el pago de ciertos créditos, sobre todo salariales.

(62) Es un acuerdo mayoritario el firmado por una o varias organizaciones sindicales representativas con al menos el 50 % de sufragios en unas elecciones del personal de la empresa.

(63) POIRIER, M. "Eviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi". En: *Droit ouvrier.* 2014, p. 182.

En Francia, se ha apostado por un cambio de juez para limitar la inseguridad jurídica de las resoluciones del despido colectivo por causas económicas. Así, en los despidos masivos (más de 10 trabajadores en una empresa con más de 50 trabajadores), hay que establecer un plan de salvaguarda del empleo, totalmente bajo control de la administración laboral, lo que supone por tanto no someterse al juez civil –del trabajo–, que había construido toda una jurisprudencia en la que se ejercía un eficaz control de la procedencia de la decisión del empresario.

El legislador francés ha desposeído al juez civil –del trabajo– en beneficio del juez administrativo, al introducir a la administración laboral con el papel, no de controlar la procedencia o valorar de las causas del despido económico, sino con el papel de validar el procedimiento seguido en el caso de acuerdo mayoritario de un plan de salvaguarda del empleo y de verificar el cumplimiento de las exigencias legales por el empresario en caso de acto unilateral de salvaguarda del empleo, de lo que se desprende que su control es mayor en la homologación de un documento patronal unilateral que en la validación de un acuerdo colectivo mayoritario; los plazos de la administración laboral para ejercer su control son respectivamente de 15 días y de 21 días. Al ceñir la consulta con el comité de empresa a plazos estrictos, proporcionalmente al número de despidos, la Administración tiene poco tiempo para controlar los actos que se le someten (acuerdos colectivos y documentos unilaterales) y, si no se respeta el plazo, el silencio se considera como aceptación implícita; las jurisdicciones administrativas que tienen que resolver sobre el fondo tienen un plazo de tres meses(64). Dicho esto, el juez civil –del trabajo– puede pronunciarse en materia de despidos colectivos, si la cuestión se le somete antes de que intervenga la administración laboral, sobre el orden de los despidos en el plan de salvaguarda y sobre la ejecución del plan(65).

En Alemania, el legislador ha subido el umbral de 5 a 10 trabajadores a partir del cual puede aplicarse el derecho de despidos. En Alemania, en principio, el trabajador que sea víctima de un despido abusivo o improcedente tiene derecho a ser reintegrado. En 2003, el legislador introdujo una medida alternativa en caso

(64) Para un análisis de los primeros contenciosos un año después de la promulgación de la ley de 2013, véase SARRAZIN, M.C. "Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif". En: *Revue de droit du travail*. 2014, p. 614. MORVAN, P. "La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche", JCP, éd. Sociale, 2014, Nº 12 - 1108.

(65) Véase COUTURIER, G. "Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs". En: *Droit social*, 2013, p. 814.

de despido abusivo: en lugar de acudir a la acción judicial, el trabajador y el empresario podían acudir a un procedimiento de conciliación para llegar a un acuerdo[66]. El plazo para el trabajador es muy corto: tres semanas. Cuando el despido, que ha de ser la última solución, es improcedente, el trabajador tiene derecho a la continuación de su contrato de trabajo; "el trabajador tiene una auténtica protección de mantenimiento de su empleo[67]", puesto que el empresario no tiene la posibilidad de indemnizarle[68].

En Reino Unido, para luchar contra la inseguridad que suponen los recursos judiciales contra los despidos, desde 2004 los gobiernos han buscado modificar los procedimientos judiciales para disuadir a los trabajadores; en 2004 se probó con la obligación de intentar una conciliación antes de acudir al juez, pero se suprimió en 2008. Más recientemente, en 2012, se introdujo el pago de gastos de procedimiento por parte del demandante si se acude a la jurisdicción social, gastos a los que puede añadirse el pago de una fianza que el tribunal puede exigir si estima que la acción tiene pocas posibilidades de prosperar[69]; a ello hay que añadir la obligación de indemnizar a los testigos que intervengan. Asimismo, en 2012 se aprobó por reglamento que la condición para que el trabajador pueda acudir a la justicia es tener 2 años de servicio, y no 1 año como antes. Igualmente, desde el reglamento del 10 de febrero de 2012, el empresario solo está obligado a comunicar por escrito la causa de la ruptura a los trabajadores que lo soliciten, únicamente estos tienen al menos 2 años de antigüedad. Otro texto de la misma fecha, con el fin de acelerar el proceso, amplió la competencia del juez de la jurisdicción social para resolver solo, y no de manera colegial, las acciones relativas al despido improcedente. Se aprobó igualmente una limitación de la indemnización en caso de despido sin justa causa a 12 meses de salario, con el objetivo de "luchar contra una cultura de indemnización incontrolada"[70]. Por último, una ley de 2013 crea un nuevo tipo de contrato de trabajo para los trabajadores que pasen a ser accionistas y para los que desaparecería la posibilidad de protegerse de un despido sin justa causa en caso de pérdida del trabajo.

(66) MAUL-SARTORI, M.U.; MÜCKENBERGER, K. NEBE. "Une protection segmentée: le droit social allemand face à la crise financière·". Ob. cit. sp. p. 66.

(67) HENSSLER, M. "Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique". En: *Revue de droit du travail,* 2013, p. 143.

(68) La indemnización se admite excepcionalmente en el caso de despido en razón del comportamiento del trabajador o en razón de la persona.

(69) FIORENTINO, A. "Royaume-Uni: la révolution silencieuse de M. Cameron". En: *Revue de droit du travail*, 2012, p. 176.

(70) LORBER, P. "Uni, Royaune". En: *RDCTSS*. 2013-2, p. 140.

En España, en la reforma de 2012 sobre el despido manifiesta un auténtico recelo hacia el juez en el control de los despidos por causas económicas, pues la reforma le quita toda competencia de apreciación que no sea la constatación de elementos objetivos y materiales. "El control del juez se limita a constatar la concurrencia de la causa, definida de la manera más objetiva posible". (...) "El legislador ha suprimido toda referencia a la finalidad del despido y por tanto a su carácter razonable en relación con el objetivo perseguido"[71]. Por otro lado, el legislador de 2012 indicó claramente que la reforma circunscribía el control del juez a la existencia de los hechos que justifiquen las causas del despido, negándole cualquier control de oportunidad, de proporcionalidad, etc. El despido sin causa económica es improcedente; la sanción es la reintegración o el pago de una indemnización; es el empresario el que decide. Se consideran nulos los despidos colectivos que no hayan respetado los procedimientos de información/consulta o no hayan puesto a disposición de los representantes del personal o de la administración los documentos previstos por la ley. La sanción en la nulidad es la reintegración obligada.

En conclusión, frente al tsunami de la flexiguridad, gana la flexibilidad contra la seguridad, incluso en los países que siguen el modelo nórdico; solo Noruega resiste, con la tasa de paro más baja de la Unión Europea[72]. Los modelos más competitivos no parecen resistir la persistencia de la crisis. De modo que la reciente ley holandesa de 2014 llamada Empleo y seguridad[73] no busca ya securizar el empleo flexible sino simplemente el empleo, reformando las normas del despido (para abaratarlo y hacerlo más rápido) consideradas como un obstáculo a la movilidad y a la fluidez del mercado laboral. En Dinamarca, la tasa de paro no deja de crecer considerablemente desde 2008, sobre todo el de larga duración, y aunque no se puede comparar con la de los países del sur, se pone en duda la capacidad de resistencia del modelo danés ante la crisis. En este sistema, en el que las reglas del despido no pueden considerarse responsables del deterioro del mercado

(71) PUEBLA, E. M. "Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique". En: *Revue de droit du travail*, 2013, p. 133.

(72) La tasa es del 3,2 % en 2012.

(73) Esta misma ley prohíbe los contratos de 0 horas en el sector de la salud y abre la posibilidad de prohibirlos a los representantes sociales de rama, así como los contratos "sujetos a llamada" también en el ámbito de rama de actividad; reduce la prestación por desempleo de 38 a 24 meses y amplía la noción de empleo aceptable, sabiendo que, transcurridos 6 meses de paro, el demandante de empleo no podrá rechazar ninguna oferta que se le proponga. WIERIK, M. "ays-Bas - Austérité et réformes structurelles: influence limitée du mouvement syndical". En: *Chronique internationale de l'Ires*, 2014, p. 29. Del mismo autor, "Pays-Bas - Une performance ambiguë: l'emploi au risque de la précarité". En: *Chronique internationale de l'Ires,* 2011, p.154. "La libéralisation de services postaux : beaucoup de flexibilité, peu de sécurité", Chronique internationale de l'Ires, 2011, p.12.

de trabajo, se está desmontando poco a poco la protección procurada por el sistema de desempleo(74). Así, en 2010, la duración de indemnización, que ya fue reducida en 1999 de 6 a 4 años, se rebajó en esta ocasión a 2. El número de parados sin derecho a prestación aumenta en el país de la flexiguridad, que no tiene más remedio que acudir a reformas del auxilio social y a darle prioridad a la formación. En Suecia, la tasa de paro juvenil, "su talón de Aquiles", es bastante más elevada que la media europea(75). Por último, los países que han apostado por la flexibilidad, como Reino Unido, Dinamarca, España o Países Bajos, los hechos demuestran, y los hechos son testarudos, que no se ha ganado el combate contra el paro y que, por lo tanto, se han adentrado en una carrera de ultraflexibilidad, que no es una garantía de seguridad(76). "La seguridad no ha sido sino una cortina de humo para disimular el triunfo aplastante de la flexibilidad, una flexibilidad pura y dura(77)", cuyos efectos de salvaguarda y creación de empleo no se dejan aún ver. Lo que sí se deja ver, sin duda alguna, es el empobrecimiento de los trabajadores inmersos en una incertidumbre cada vez mayor (incluso el trabajador con una relación de trabajo estable), puesto que a lo largo de la reformas adoptadas en nombre de la crisis, han ido perdiendo protección por parte de la ley, del convenio colectivo, del contrato de trabajo al tiempo que, por medios muy diversos, se le ha impedido acudir al juez. El arrinconamiento del papel del juez (requisitos del recurso, prescripciones, etc.), incluso su exclusión, ha sido un objetivo compartido por todas las reformas antes mencionadas(78). Indefenso, el trabajador no tiene más remedio que guardar la estabilidad laboral entre los recuerdos de una época pasada. ¿El Derecho Laboral habrá entonces cambiado su objeto, pasando de protector de la parte frágil del contrato a instrumento de la parte más fuerte?

(74) MEILLAND, C. "Danemark - La flexicurité face à la montée du chômage de longue durée"En: *Chronique internationale de l'Ires*. 2013, p. 13.

(75) BOURDET, Y.; PERSON, I. "Suède - Le chômage des jeunes: trompe-l'œil statistique ou talon d'Achille du modèle suédois". En: *Chronique internationale de l'Ires*, 2011, p. 3.

(76) En el mismo sentido, CANUT, F. "L'environnement européen de la flexisécurité". En: *Droit social*, 2014, p. 668.

(77) LOY, G. "La réforme italienne: entre le malentendu de la flexibilité et la tentation du contrat unique". Ob. cit., sp. p .47.

(78) GREVY ET P. HENRIOT, M. "Le juge, ce gêneur". En: *Revue de droit du travail.* 2013, p. 173.

PRIMER TEMA

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL, INTERMEDIACIÓN, TERCERIZACIÓN, CONTRATACIÓN MODAL, REGÍMENES ESPECIALES Y DESPIDO

PONENCIAS OFICIALES

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

VÍCTOR FERRO D.[1]

El presente artículo aborda sucintamente los temas centrales que corresponden a la evolución de la estabilidad laboral en el Perú. Para ello se efectúa un breve recuento de su instauración y evolución en el ordenamiento legal y como su creciente rigidez ha dado lugar a válvulas de escape caracterizadas por la proliferación de la contratación modal y la tercerización. Seguidamente, se analizarán los criterios con base en los cuales el Tribunal Constitucional (TC) ha desarrollado su particular teoría sobre la tutela restitutoria para luego evaluar algunos pronunciamientos de la justicia laboral ordinaria que van asentando un derrotero próximo a la estabilidad laboral absoluta. A continuación se examinará el modelo constitucional vigente, comparándolo con el que prima en numerosas constituciones y diversos tratados internacionales a fin de contrastarlo con la construcción que sobre esta materia han desarrollado los pronunciamientos del TC[2].

I. INTRODUCCIÓN

El principio de continuidad tiene en la consagración del derecho a la estabilidad laboral su desarrollo más acabado sin perjuicio que este es, sin duda

(1) Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Deseo dejar constancia de mi reconocimiento a la señorita Gabriela Salas, practicante preprofesional en mi oficina, por su colaboración en la preparación de este trabajo.

alguna, el derecho más controversial del ordenamiento laboral peruano. Su evolución ha estado signada por constantes vaivenes que han fluctuado entre la rigidez y la flexibilidad, hasta derivar en el régimen actual, fruto de controversiales criterios emanados del TC.

Así, nuestro país ha transitado por los más diversos regímenes y desarrollos jurisprudenciales que hasta el día de hoy evidencian criterios no asentados.

En efecto, a partir de la promulgación del Decreto Ley Nº 18471 en el año 1970 durante la dictadura militar de Velasco Alvarado, se instauró en el Perú un régimen de estabilidad laboral absoluta caracterizado por su rigidez y sesgo carente de balances. A su vez, se trasladó a la autoridad administrativa de trabajo la competencia jurisdiccional respecto a controversias vinculadas a la reposición en el empleo cuya aplicación efectiva fue objeto de pronunciamientos, muchas veces teñidos de manipulación ideológica o más aún, de direccionalidad política. Así, para los sectores empresariales resultó traumática la introducción de la estabilidad laboral en el ordenamiento legal, lo que generó una notoria polarización entre los actores sociales, no superada hasta el presente.

El régimen de estabilidad laboral así instalado en nuestro ordenamiento fue, sin embargo, objeto de distintas reformas legislativas que, con avances y retrocesos, fue morigerándose, hasta que en el año 1995 se optó por un régimen de estabilidad laboral relativa(3), acorde con los postulados previstos en la Constitución del año 1993, la cual reconoce tanto el derecho al trabajo como el derecho a la adecuada protección frente al despido arbitrario, conforme al desarrollo que la legislación establezca. Sin embargo, pronunciamientos del Tribunal Constitucional han modificado sustancialmente el régimen de estabilidad relativa hasta aproximarlo a la antigua y superada estabilidad laboral absoluta, conforme analizaremos a lo largo del presente trabajo.

Huelga destacar que el reconocimiento de la estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico determina la necesidad de una regulación consistente con la consagración de otros derechos previstos en la legislación, señaladamente la contratación modal y la tercerización, e incidirá, incluso, en el desarrollo de la negociación colectiva.

En efecto, si el ordenamiento reconoce el derecho a la protección contra el despido ilícito, la regulación de los contratos modales deberá sustentarse en causa

(3) FERRO DELGADO, Víctor. "Paradigmas del Derecho del Trabajo ante las Exigencias de Constante Adaptación". En: *Actualidad de Derecho del Trabajo de derecho del trabajo*. 1ª ed., Grupo Editorial Arteidea, Lima, 2009, p. 193.

objetiva que justifique la temporalidad. De otro modo, la contratación a plazo fijo librada a la voluntad de las partes determinaría que, previsiblemente, el empleador opte por la contratación temporal, sustituyendo así los rigores y contingencias propias del despido mediante el expeditivo recurso de la no renovación del contrato de trabajo celebrado a plazo determinado, usualmente uno de muy corta duración. Análogamente, si la intermediación laboral o la tercerización carecieran de causalidad, requisitos y garantías es claro que en múltiples supuestos el empleador podría preferir esta modalidad de contratación porque le facilitaría la contratación y desvinculación laboral sin mayores restricciones.

De la misma forma, la estabilidad laboral incide en el ejercicio de derechos colectivos. Así, en países como el nuestro en el que predomina la negociación colectiva a nivel de empresa, constituye una cortapisa a la afiliación sindical la precariedad del vínculo laboral del trabajador. Por ello, trabajadores sujetos a contratos modales difícilmente optan por la sindicalización, conscientes de que el ejercicio de este derecho podría acarrear la no renovación de su contrato a plazo determinado. Ello explica en gran medida por qué en los padrones de afiliados de una organización sindical difícilmente se constata la existencia de trabajadores contratados a plazo fijo y que no sea frecuente la negociación colectiva en empresas que brindan servicios en calidad de contratistas y subcontratistas, habida cuenta de que sus trabajadores tienen celebrados contratos temporales vinculados a la subsistencia del contrato de tercerización celebrado por su empleador con la empresa principal.

Es claro, pues, que la estabilidad laboral conlleva un efecto transversal en la regulación laboral peruana y al mismo tiempo acarrea un impacto relevante en el ejercicio de otros derechos laborales.

Ahora bien, el reconocimiento a la estabilidad laboral puede plasmarse en la legislación mediante distintas modalidades. En el derecho comparado prima la denominada estabilidad laboral relativa, conforme a la cual el despido sin justa causa es objeto de tutela resarcitoria (indemnización), mientras que la tutela restitutoria (reposición) se limita a casos en que medie el despido resulte lesivo de determinados derechos fundamentales, lo que nuestra legislación corresponde a supuestos de despido nulo.

Desde este enfoque, entendemos justificada una reflexión sobre el modelo de estabilidad laboral recogido por la Constitución vigente a fin de contrastarlo con los criterios que sobre esta materia ha desarrollado el TC con base al reconocimiento del derecho al trabajo, derecho que igualmente se encuentra reconocido en tratados internacionales, así como en un alto número de Constituciones.

II. LA CONTRATACIÓN MODAL, LA SUBCONTRATACIÓN Y LA ESTABILIDAD LABORAL

El análisis sobre del estado actual de la de estabilidad laboral en el Perú debe incluir el estudio de dos institutos estrechamente vinculados a este derecho, la contratación modal y la subcontratación por cuanto estos se erigen como figuras jurídicas que difuminan su alcance y contenido generando relevantes efectos en el sistema de relaciones laborales en nuestro país.

1. La contratación modal y su incidencia con la estabilidad laboral

La economía de mercado, opción preferente en la inmensa mayoría de países, se ha visto potenciada por el proceso de globalización y el libre comercio. Si algo caracteriza a la empresa del Siglo XXI es su continuo esfuerzo de adaptación en el cambiante entorno en el que debe desenvolverse.

El Consenso de Washington de los años noventa y el esquema de liberalización económica que propugnó hicieron patentes las exigencias de flexibilización de los mercados de trabajo a fin de viabilizar la posibilidad de que las empresas puedan competir exitosamente en economías cada vez más abiertas y dinámicas. A ello se agregan los numerosos tratados de libre comercio a los que vienen obligándose nuestros países –de modo significativo en el caso peruano– que reducen aún más las protecciones arancelarias, dando así lugar a renovadas reivindicaciones empresariales de mayor flexibilidad y libertad de empresa.

La estabilidad laboral absoluta que se introdujo en los años sesenta, y que con variantes perduró hasta mediados de la década del noventa, tuvo como correlato el entorno de una economía cerrada y, por ende, ajena a los rigores de la competitividad que prevalece en nuestros días, signados por la incesante aparición de nuevos productos y tecnologías, así como mercados inestables que generan condiciones muy distintas a las que predominaban hasta hace unos años atrás, en que la producción nacional se encontraba protegida por altas tasas arancelarias que convertían al mercado en consumidores cautivos de productos locales de escaso desarrollo, alto costo y reducida tecnología. Por ello, aspirar al retorno a la estabilidad laboral absoluta, que diversos pronunciamientos jurisprudenciales parecen añorar, resulta claramente contradictorio con el contexto en el que hoy se desenvuelve la economía peruana.

Es, pues, en ese contexto que deba analizarse la marcada preferencia del sector empresarial peruano por los contratos modales, no obstante sus requisitos

de causalidad, su fiscalización por parte de la inspección del trabajo y las frecuentes impugnaciones judiciales que acusan su desnaturalización.

Los contratos de modalidad temporal resultan funcionales a la necesidad de compatibilizar los cambiantes requerimientos de la producción en las empresas con sus necesidades de personal. Empero, en atención al principio de continuidad recogido por el ordenamiento laboral, se consagra la preferencia por la contratación a tiempo indeterminado respecto a la contratación temporal –lo que suele denominarse estabilidad de entrada– por lo que su legítima utilización debe constreñirse a la existencia de una causa habilitante prevista en la ley. Como señala Pasco Cosmópolis(4), el contrato de trabajo posee vocación de permanencia por lo que la causa habilitante de la contratación temporal dependerá de la naturaleza temporal de las labores a contratar, y por ende, su duración debe ser proporcional a la causa que lo motivó(5).

Sin embargo, la notoria preferencia del sector empresarial por los contratos temporales va más allá de meras exigencias de funcionalidad con los requerimientos productivos. Su profusa utilización se vincula más bien a la creciente rigidez del régimen de estabilidad laboral en nuestro medio.

La evidencia de la proliferación de la contratación modal en el Perú es incontrovertible. En efecto, de acuerdo al anuario elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) para el año 2013, en el Perú se han presentado 3’536,904 millones de contratos de trabajo sujetos a modalidad, de los cuales 2’144,233 millones de contratos modales fueron presentados en Lima Metropolitana(6). Desafortunadamente las cifras del Ministerio de Trabajo no

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Contrato de trabajo típico y contratos atípicos”. En: *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 127.

(5) Sin embargo, en determinados supuestos la legislación vigente admite una causalidad distinta a la mera temporalidad de la labor encomendada: el artículo 57 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) prevé que incluso necesidades permanentes puedan ser atendidas mediante contratos temporales, conforme corresponde a las modalidades de inicio o incremento de actividades, en que basta que estos supuestos se encuentren dentro de los tres primeros años de producidos. Así, esta modalidad contractual no exige que la labor a ser cumplida por el trabajador califique en sí misma como temporal. Análogo razonamiento surgiría del artículo 58 de la LPCL relativo a los contratos por necesidades de mercado, respecto de los cuales se establece que ante necesidades coyunturales de la producción el trabajador puede ser designado a realizar labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa. No obstante, en este caso, la temporalidad viene configurada por la necesidad de atender un requerimiento productivo meramente coyuntural, lo que por su propia naturaleza correspondería a un periodo de corta duración. En el texto original del Decreto Legislativo Nº 728 esta modalidad estuvo limitada a un periodo máximo de seis meses. De ahí que resienta la lógica que el plazo máximo de duración de esta modalidad contractual haya sido extendido hasta por cinco años en la LPCL.

(6) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario Estadístico Sectorial 2013*, p. 175.

distinguen entre contratos presentados a su registro y trabajadores individuales, con lo cual cabe la posibilidad de que un mismo trabajador haya tenido varios contratos en el año, lo que puede arrojar apreciaciones inexactas.

Sin embargo, la información recopilada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática permite evidenciar que en el año 2012 de los 7'050,700 personas asalariadas, el 50.7 % (3'924,300) tenían contratos con su centro de trabajo, pero de estas solo el 17.6 % contaba con contrato a plazo indefinido, mientras que el 32.1 % estaba sujeta a contrato a plazo fijo.

Lo expuesto permite concluir que en el ámbito de aquellos que sí cuentan con contrato de trabajo con un empleador la proporción entre trabajadores con contrato a plazo fijo y trabajadores a plazo indeterminado es de 2 a 1[(7)], cifras que dan fe de la marcada preferencia por los contratos temporales y acreditan un paulatino pero consistente aumento exponencial.

En ese sentido, y con base en los datos estadísticos expuestos, resulta posible concluir que en el Perú existe una creciente utilización de los contratos sujetos a modalidad. Es claro que alguna vinculación puede derivarse de los pronunciamientos del TC, que han resquebrajado el modelo de la estabilidad laboral relativa prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y la válvula de escape a la que ha recurrido el sector empresarial mediante el intensivo uso de los contratos sujetos a modalidad, con base en los cuales resulta factible la desvinculación laboral al vencimiento del plazo acordado.

El predominio de la contratación a plazo determinado en nuestro medio dista de ser el esquema ideal. En efecto, la incertidumbre que genera en el trabajador la posibilidad de ser cesado, sin compensación alguna, a la conclusión de su contrato, no solo tiene efectos adversos en la posibilidad de planear su futuro en el mediato plazo, sino que a su vez le resta posibilidades de identificación con su empleador, en razón de lo efímero de su vínculo laboral. A ello se agrega, desde una perspectiva macroeconómica, que trabajadores temporales suelen enfrentar particulares dificultades en la obtención de créditos de largo aliento, con las implicancias que ello acarrea en el nivel de consumo y el crecimiento económico. Desde la perspectiva del empleador, es claro que este carecerá de motivación para efectuar inversiones significativas en materia de capacitación y entrenamiento de trabajadores con los cuales sabe que puede optar por cesar sin consecuencias mediante la no renovación de su contrato temporal.

(7) A ello se agrega que hay un 5.2 % de personas bajo contrato de locación de servicios y el 0.8 % bajo otro tipo de contrato. Así, el 42.7 % (3'008,500) carece de todo tipo de contrato. INEI. *Perú: Evolución de los Indicadores de Empleo e Ingreso por Departamento 2004-2012*, p. 184.

De ahí que la contratación temporal en el Perú debiera ser la excepción a la regla y, no como sucede actualmente, que la rigidez en que ha desembocado la estabilidad laboral, ha generado un incentivo perverso hacia la contratación a plazo determinado.

Sin perjuicio de lo expuesto debe quedar claro que un régimen flexible tanto en materia de estabilidad de la entrada como de salida no garantiza la generación de empleo. Por el contrario, es la combinación de factores económicos, sociales y jurídicos los que resultan determinantes en el incremento o decrecimiento de la tasa de empleo.

Conforme señala Álvarez del Cubillo "los estudios empíricos no permiten establecer una relación lineal entre costes de despido y niveles de empleo; teóricamente la desregulación puede aumentar las contrataciones, pero también (el régimen de) las extinciones, de manera que el efecto real depende de toda una serie de factores del contexto incluyendo la coyuntura económica"(8).

Ello explicaría que no obstante la rigidez que desde el año 2002 ha introducido el TC en el régimen de despidos, ha sido el crecimiento económico y la subsistencia de un modelo de economía de mercado durante el periodo comprendido entre los años 2003-2012 el que explica el incremento de la tasa de empleo en el Perú.

Ahora bien, ello no significa que la legislación laboral no tenga una incidencia concreta en la creación de empleo, pues conforme ha sido reconocido por la Unión Europea, el establecimiento de parámetros y costos laborales razonables genera un incentivo positivo para la creación de empleo(9). Lo relevante es, pues, advertir que la desregularización y reducción de costos laborales no es la única manera de generar empleo, pero tampoco se trata de variables que pueden ser ignoradas.

En el Perú la informalidad continúa siendo el problema central de los trabajadores peruanos. Así, en la actualidad el 74.3 % de la Población Económicamente Activa (PEA) corresponde al sector informal y solamente el 25.7 % se ubica en el sector formal(10). Como señala Céspedes Reynaga, son los trabajadores informales los que tienen mayores probabilidades de separación ya que ellos "son

(8) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. "Informe sobre la Regulación del despido en Europa". En: *Temas Laborales*. Nº 99, Andalucía, 2009, p. 262.

(9) KOK, Wim. *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe. Report of the Employment Taskforce*. Bruselas, 2003, p. 22.

(10) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Producción y empleo informal en el Perú*. Lima, 2014, p. 68.

separados de sus empleos a una tasa de 11%, mientras que los trabajadores formales, a una tasa de 3.5 %". Así, establecer las condiciones que reduzcan la informalidad y apunten a la formalización de nuevos empleos deba constituir una premisa fundamental en esta materia(11).

De ahí, pues, que resulte contradictorio que se postule un régimen de estabilidad absoluta en favor de un sector reducido de los trabajadores mientras que las condiciones laborales del sector mayoritario –el informal– se desenvuelven en condiciones de inestabilidad absoluta y notoria desprotección

Así, un derecho a la estabilidad laboral que no reconozca estas premisas es pasible de ser cuestionado no solo como una barrera a la competitividad y a la eficiencia que la empresa debe garantizar como requisito de subsistencia, sino por limitar el acceso a la formalidad de aquellos que carecen de todo derecho.

2. La subcontratación y sus implicancias respecto a la estabilidad laboral

Los esquemas productivos centralizados se encuentran prácticamente en extinción(12), hecho que se evidencia con mayor claridad en ciertos sectores de la economía peruana en donde la descentralización productiva y la implementación de nuevos y diversos procesos de ordenación del trabajo es cada vez más usual. A modo de ejemplo, analizaremos brevemente la incidencia de la subcontratación en el sector minero.

En el 2013 el sector minero brindó empleo directo a 208.383 personas, de las cuales, únicamente 67,950, equivalente al 32.6 %, fueron contratadas por una empresa minera, mientras que el resto –140,433 trabajadores– equivalente al 68.4 %, mantuvieron un vínculo laboral con empresas contratistas(13). Esta última cifra se ha incrementado en un 9.9 % respecto al año pasado, y se ha duplicado respecto al año 2009 cuando las empresas contratistas únicamente empleaban a 69,096 trabajadores(14).

De los datos estadísticos expuestos, es posible concluir que en el sector minero existe una tendencia creciente hacia la subcontratación, en detrimento de la contratación directa, en la que se constata una proporción de 3 a 1.

(11) CÉSPEDES REYNAGA, Nikita. "Creación y destrucción de empleo en economías informales". En: *Cuaderno de Investigación*. Universidad de San Martín de Porres, Instituto del Perú, Lima.

(12) FERRO DELGADO, Víctor. "Tutela y flexibilización: en busca de una adaptación concertada". En: *Memorias del XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla, 2002, p. 120.

(13) MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Anuario Minero 2013, p. 105.

(14) Ídem.

A ello se agrega que la contratación de los trabajadores del contratista usualmente se pacta a plazo determinado sustentada en la propia temporalidad del contrato celebrado entre la empresa contratista y la empresa principal, reproduciéndose así la precariedad de vínculos laborales, a la que nos hemos referido en el acápite anterior.

Es claro que en este sector la subcontratación se encuentra directamente vinculada a la especialización de las labores propias de esta actividad, parte de las cuales puede ser más eficientemente ejecutada por contratistas altamente calificados. No obstante ello, la proporción entre trabajadores propios y subcontratados evidencia la preferencia por la subcontratación en lugar de la contratación directa. Es previsible que esta preferencia tenga vinculación con la imposibilidad de obtener la aprobación de las autoridades administrativas de trabajo ante las solicitudes de ceses colectivos por motivos económicos o estructurales –otra seria restricción en la estabilidad de salida– pero es objetivo que en ello también incide el actual modelo de estabilidad laboral desarrollado por el TC.

Así, ante ese estado de cosas, nuevamente, se constata la recurrencia a válvulas de escape, no obstante que un elevado índice de trabajadores subcontratados perpetúan diferencias entre los ingresos que perciben los trabajadores propios y los subcontratados, en particular en temas tan sensibles como la participación legal en las utilidades. Es este pues otro ejemplo en el que los pretendidos esquemas proteccionistas en materia de estabilidad laboral terminan generando inequidades y desbalances no deseados.

En efecto, de acuerdo al Anuario Minero de 2013, los trabajadores tercerizados reciben una remuneración menor a los trabajadores de las empresas mineras. Así, el personal de planta de las empresas mineras recibe en promedio, y por todo concepto, S/. 2,159.00 más que el personal de planta de las empresas subcontratistas. La referida brecha se acrecienta considerablemente en el caso de los gerentes, donde se observa que los gerentes de las empresas mineras reciben hasta S/. 12,372.00 más que los gerentes de las empresas contratistas.

De los datos expuestos se aprecia, pues, que los trabajadores de las empresas contratistas perciben remuneraciones considerablemente menores a los trabajadores de las empresas mineras, a pesar de que en diversos supuestos podrá existir similitud de actividades.

Por cierto, contribuye a esta situación, el diferente desarrollo que los trabajadores de uno y otro sector alcanzan en materia del ejercicio de derechos colectivos. La subcontratación y la temporalidad de sus vínculos laborales explican parte de esta problemática.

Respecto al debilitamiento de las organizaciones sindicales, Ermida ha señalado que "(…) la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay un solo paso"(15).

Por otro lado, Valdez Dal Ré advierte que los procesos de descentralización productiva tienden a comprometer la calidad de las condiciones económicas de los trabajadores destacados. Así el autor manifiesta:

> "(...) la calidad de las condiciones de trabajo, ya no se mide o no solo se mide en razón de los criterios más tradicionales, como pueden ser, por ejemplo, las habilidades profesionales y la experiencia del trabajador o los resultados económicos de la empresa. Los patrones o estándares de referencia que definen el estatuto jurídico del trabajador pueden ser otros, tales como el valor añadido del trabajo al producto final y, sobre todo, la posición del propio trabajador en la empresa-red: a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse"(16).

Resulta evidente así que la subcontratación mella uno de los mecanismos más efectivos para el incremento y mejora de condiciones laborales, lo cual conlleva al asentamiento de brechas remunerativas entre unos y otros trabajadores.

Así, un sinceramiento de las relaciones laborales al interior del sector pasa por la reconstrucción del modelo de estabilidad laboral de manera de neutralizar el incentivo hoy existente hacia la subcontratación, como resultado del retorno a un controversial esquema de estabilidad laboral.

III. LA RIGIDEZ DEL MERCADO LABORAL PERUANO

Con base en lo desarrollado en el acápite anterior, se advierte que en el mercado peruano la contratación temporal y la subcontratación son utilizadas como válvulas de escape ante un régimen de estabilidad laboral inadecuado.

(15) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización y subcontratación*. 1ª ed., OIT, Lima, 2009, p. 69.

(16) VALDEZ DAL RÉ, Fernando. "Transformaciones del Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado". En: *Trabajo*. Nº 12, Revista Andaluza del Derecho del Trabajo, Andalucía, 2003, p. 143.

Se determina la rigidez de un mercado laboral con base en diversos factores como los son la regulación laboral –y en particular, aunque no exclusivamente, la referida a la contratación y cese de trabajadores– y los costos no salariales. En el caso del Perú, el establecimiento de una nueva tipología de despidos generada a partir de los pronunciamientos del TC y la consecuente ampliación de la procedencia de la tutela restitutoria (reposición), así como los altos costos laborales condiciona la existencia de un mercado laboral no competitivo que alienta la informalidad.

Conforme al *ranking* de Competitividad Mundial 2014 elaborado por el Foro Económico Mundial, el Perú se encuentra en la posición 129 de 148 países respecto a "prácticas de contratación y cese", con un índice de 3.1, donde 1 representa altos niveles de rigidez en materia de legislación laboral, y 7, flexibilidad extrema en el ámbito de contratación y término de relaciones laborales(17).

Otra medición que resulta relevante analizar es la efectuada por el Instituto Peruano de Economía conforme a la cual el Perú presenta un índice de 60 sobre 100 en materia de facultad de despido, donde 100 representa la mayor dificultad y 0 la mayor flexibilidad.

De los referidos datos estadísticos surge que nuestros niveles de rigidez en materia laboral se encuentran lejos de los estándares internacionales. Asimismo, se desprende que la regulación laboral es conceptuada como un factor decisivo al momento de emprender nuevas actividades empresariales. En efecto, entre los factores que los agentes económicos conceptúan como los más adversos para hacer negocios, las regulaciones laborales restrictivas ocupan un tercer lugar, solo superadas por la ineficiencia burocrática gubernamental y la corrupción(18).

IV. LA ESTABILIDAD LABORAL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. La posición del TC sobre el derecho al trabajo y el régimen de protección frente al despido ilícito

Como resultado de cuestionables interpretaciones surgidas del TC, se ha modificado sustancialmente el régimen de protección contra el despido vigente en

(17) FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *Reporte de Competitividad Global 2014*. Génova.
(18) Ídem.

el país hasta convertirlo en uno cercano a la estabilidad laboral absoluta. Resulta, pues, relevante analizar, sucintamente, la evolución de los criterios emanados de las sentencias del TC a través de procedimientos de amparo.

En el caso Cossio Tapia (Exp. Nº 1112-98-AA/TC) el TC destacó que no le correspondía calificar el despido per se sino en tanto y en cuanto se verificase que este aparejaba a su vez una afectación a un derecho fundamental. Así, el TC sostuvo que al no haberse precisado en la carta de imputación de falta grave los hechos que sustentaban el despido del demandante, se había afectado el principio de tipicidad con base al cual hubiera podido ejercer el derecho de defensa, inherente al debido proceso.

Posteriormente, en el caso Fetratel (Exp. Nº 1124-2001-AA/TC), el TC consideró inconstitucional el despido incausado –sujeto al pago de la indemnización prevista por el artículo 34 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral– tachándolo de incompatible con el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Constitución, en cuanto este implica dos aspectos: (i) acceder a un puesto de trabajo; y, (ii) a no ser despedido sino por causa justa. Así, proscribió el despido, salvo por causa justa. Con base a este razonamiento, ordenó la reposición de los trabajadores afectados por considerar que la indemnización prevista en la ley no constituía una forma válida de resarcir el despido no sustentado en causa justa.

En el caso Llanos Huasco (Exp. Nº 976-2001-AA/TC) el TC mantuvo, en lo fundamental, los criterios antes expuestos pero admitió que la indemnización puede constituir un adecuado mecanismo de protección, siempre que ello corresponda a la elección del trabajador, salvo en el caso de los trabajadores de dirección o confianza, respecto a los cuales se les excluyó del derecho a la reposición.

Estableció, a su vez, que la vía de amparo –conforme a la cual se admite la reposición– resulta procedente en supuestos de:

(i) Despido nulo, conforme a los criterios previstos en la LPCL, esto es, despidos particularmente odiosos, tales como los que se encuentran motivados en conductas antisindicales, o discriminatorios, por la presentación de reclamos contra el empleador, por embarazo, por ser portador de VIH/Sida o por motivo de discapacidad;

(ii) Despido incausado; y,

(iii) Despido fraudulento, esto es cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun

> cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o, asimismo, se le atribuye una causa de despido no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o cuando el cese se ha producido mediando vicio de la voluntad o la fabricación de pruebas.

En este mismo pronunciamiento el TC sostuvo que "la extinción unilateral de la relación laboral fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y que por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona reconocido por la Constitución o los tratados relativos a la promoción y defensa de los derechos humanos" (f. j. 20). Puntualizó a su vez que "(…) el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador sino el goce y ejercicio de su derechos constitucionales" (f. j. 13).

Por último, en el caso Baylón Flores, el TC estableció con calidad de precedente vinculante que los criterios detallados en el caso Llanos Huasco debían mantenerse en lo esencial, precisando que el proceso de amparo no resulta procedente para el cuestionamiento de la causa justa de despido cuando su determinación corresponda a hechos controvertidos sobre los que exista duda que haga necesaria la actuación de mayores elementos probatorios.

2. La inconsistente argumentación del TC en materia de estabilidad laboral

Si bien este tema ha sido tratado en reiteradas oportunidades conviene recordar, esquemáticamente, las inconsistencias en las cuales incurrió el TC para declarar la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), a partir de lo cual se ha ido introduciendo paulatina pero inexorablemente la figura la tutela restitutoria ante la verificación de un despido ilícito, vale decir, la estabilidad laboral absoluta por la afectación del derecho al trabajo.

Como ya se ha indicado el artículo 27 de la Constitución establece que "la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario", con lo cual previó una reserva legal para definir a través del ordenamiento infraconstitucional el desarrollo de lo que corresponde al marco protector satisfactorio al derecho.

A ello se agrega la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales

sobre las mismas materias ratificados por el Perú, conforme ordena la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución"[19]. Análoga disposición está contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[20].

El artículo 34 de la LPCL establecía que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, supuestos, ambos, ante los cuales prevé el pago de una indemnización. Vale decir, que reconociendo la ilicitud de la medida, la repara mediante una compensación económica.

Por otro lado, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Perú, consagra la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, pero seguidamente establece que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra protección prevista por la legislación nacional.

El común denominador de los instrumentos citados es que reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir al trabajador ante un despido ilícito. En consecuencia, y consonancia con estos, la LPCL establecía que ante el despido arbitrario –definido como aquel que carece de causa o que contando con esta no ha logrado ser demostrada– procedía el pago de una indemnización.

Así, ni la Constitución, ni el Protocolo de San Salvador prevén que ante el despido sin justa causa solo cabe la tutela restitutoria. Así, el TC estaba obligado a interpretar el derecho a la protección contra el despido arbitrario de conformidad con los instrumentos citados y, por ende, admitir que la tutela resarcitoria, vale decir, la indemnización, resulta un mecanismo perfectamente válido de resarcimiento ante el despido ilícito por carecer de justa causa.

Ahora bien, a efectos de salvar las inconsistencias advertidas y mencionadas en el proceso constitucional interpuesto por Fetratel, el TC arguyó "que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia un mínimo derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no puede significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución (…) ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del mismo contenido

(19) Artículo 27 y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

(20) "El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

esencial de los derechos constitucionales"[21]. Sin embargo, el TC no precisó cuáles son las normas contenidas en la Constitución que establecen un mayor nivel de protección frente al despido arbitrario de manera que justifiquen el desplazamiento del Protocolo de San Salvador. En ese sentido, es clara, pues, la inconsistencia del pronunciamiento del TC con base en el cual se ha abierto el camino al retorno a un rígido esquema de estabilidad laboral en el país.

3. Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral

Entre los días 4 y 14 de mayo de 2012 se llevó a cabo en Lima el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, el cual entre otras materias abordó lo relativo a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

De esta forma, se traslada a la justicia laboral ordinaria la aplicación de los criterios del TC en materia de estabilidad laboral. En rigor, ello no es sino consecuencia del mandato contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Así, en atención al carácter de precedente vinculante del caso Baylón Flores, la justicia laboral ordinaria debe cumplir con aplicar dicho criterio cuando en un proceso ordinario laboral se plantee la reposición como pretensión principal única, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 2 de la NLPT.

Esa ha sido, pues, la puerta de entrada con base en la cual se han incorporado al conocimiento de la justicia laboral ordinaria demandas de reposición en el empleo, extendiéndose de esta forma la indebida reformulación de la estabilidad laboral efectuada mediante los pronunciamientos del TC. Desarrollaremos más adelante las consideraciones con base en las cuales sustentamos que una cosa es la consagración de un derecho fundamental y otra muy distinta la garantía o tutela que corresponde ante la afectación de ese derecho. Adelantemos que ante la afectación de derechos fundamentales que el artículo 29 de la LPCL, tipifica como supuestos de despido nulo, se ha previsto el máximo nivel de tutela, esto es la tutela restitutoria (reposición) aparejada del pago de remuneraciones devengadas. Otro tipo de despidos, tales como el injustificado o el fraudulento son lesivos del derecho al trabajo pero no por ello les debe corresponder el mismo nivel de tutela o garantía antes indicados y, por ende, no cabría hacer una inferencia equiparando

(21) F. j. 12 de la STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC.

la tutela de supuestos tipificados como números clausus allí donde el ordenamiento ha establecido una tutela distinta.

4. Crítica a pronunciamientos judiciales recientes en materia de despido fraudulento

La figura del despido fraudulento viene dando curso a resoluciones que, en rigor, apuntan a restaurar la estabilidad laboral absoluta. En efecto, por vía de invocar que no se ha logrado acreditar la falta invocada se concluye que ha mediado un despido fraudulento bajo la figura de que el despido se ha sustentado en hechos falsos. No obstante, en rigor, ello correspondería a un despido injustificado, vale decir aquel que no logra demostrar que se ha producido el hecho que motivó el despido.

Algunos pronunciamientos por parte de la justicia laboral ordinaria corroboran esta situación.

Así, en el Exp. Nº 070-81-2013-0-1801-JR-LA, la Sala Laboral señaló lo siguiente:

> "(…) la demandada ha procedido en forma contraria a la verdad al **pretender despedir al demandante bajo el argumento de deficiente rendimiento laboral durante sus funciones como Gerente General, cuando en el plano de los hechos nunca ejerció tales labores ni menos aún se le estableció el cumplimiento de metas laborales a alcanzar, así como, atribuirle inconcurrencia por los días 25, 28 y 29 de enero de 2013**, lo que configura según la demandada la falta grave contenida en el inciso h) del artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 728 que señala expresamente que son faltas graves el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, sin embargo, ello no ha sucedido en el presente caso, puesto que **la inasistencia del actor no excedió los tres días que señala la citada norma**, aunado a ello, cabe precisar que el actor se encontraba exonerado de registrar su ingreso y salida tal y conforme aparece del contrato de trabajo de folios 8 a 10 y si bien se procedió a su despido utilizando el procedimiento de ley correspondiente, en la imputación de cargos se ha expuesto hechos notoriamente inexistentes, **lo cual configura la existencia de un despido fraudulento conforme** a la definición efectuada por el Tribunal Constitucional en los términos expuestos en los considerandos anteriores. Por dicha razón, resulta adecuado reponer al recurrente a su centro de labores, conforme el a quo lo ha dispuesto".

De lo expuesto surge que la parte demandada no logró acreditar el rendimiento deficiente imputado al actor ni que este se había ausentado por más de 3 días consecutivos. El fallo sustenta su raciocinio en que la condición de Gerente del actor no resultó evidenciada y que no se habían establecido las metas que debía cumplir para que se le pueda imputar la falta de rendimiento deficiente y que se habría ausentado un número de días menor al que establece la ley para que se configure el abandono del trabajo. Así, concluye que ello configura un despido fraudulento y ordena la reposición de quien tenía un contrato de trabajo celebrado para desempeñarse en calidad de gerente general.

La argumentación de este pronunciamiento importaría que ha existido una falta de adecuación entre los supuestos de hecho acreditados en el proceso y los supuestos de derecho que configuran, de una parte, la falta vinculada a la capacidad, y de otra la falta vinculada a la conducta (rendimiento deficiente y abandono del trabajo, respectivamente). Empero, este despido parecería corresponder, a lo sumo, a uno de naturaleza injustificada, y por ende solo le correspondería la tutela resarcitoria, mas no la restitutoria, incluso bajo los particulares criterios del TC. En efecto, todo indicaría que el caso corresponde a un despido que ante la falta de comprobación de las faltas imputadas conforme a ley, debía dar lugar a un mandato de indemnización al trabajador mas no así a su reposición, lo cual, pues, es propio de un modelo de estabilidad laboral absoluta.

Por otro lado, en el Exp. Nº 15713-2013-0-1801-JR-LA-02 la Sala Laboral manifestó lo siguiente:

> "En ese sentido, la demandante en audiencia de vista de la causa reconoce haber recepcionado dicha carta, pero que la misma fue entregada a su persona en el mes de abril, es decir, en forma posterior a la fecha programada para el examen médico (…)
>
> **A fojas 296 obra en copia legalizada la carta de fecha 15 de marzo de 2013 que ha sido presentada por la demandada. Si bien en el citado documento aparece la firma de la demandante, sin embargo, no figura la fecha de recepción de la misma, por lo que, no puede considerarse dicho documento como medio probatorio idóneo que permita determinar en forma fehaciente que la actora fue notificada con antelación al 22 de marzo de 2013** (…)
>
> En ese sentido, este Colegiado considera que la demandada no ha demostrado la causa de despido que alega, pues **de los medios probatorios aportados por dicha parte, no se aprecia que la**

> **demandante haya tenido pleno conocimiento en forma oportuna y antelada de la fecha para realizar su examen médico**. Siendo esto así, corresponde desestimar los agravios expuestos por la demandada.
>
> Por tanto, **resulta evidente que en el presente caso se ha configurado el despido fraudulento alegado** por la demandante, al habérsela despedido de manera contraria a la verdad, al habérsele imputado hechos inexistentes, que en todo caso resultan ser atribuibles a la demandada al no (haber) (in) cumplido sus deberes como empleador. De este modo, la demandante deberá ser repuesta a su puesto de trabajo o en otro similar, conforme el a quo lo ha ordenado" (sic).

En el caso bajo análisis, la parte demanda le imputó a la demandante la negativa injustificada a someterse a un examen médico programado, de conformidad con el inciso c) del artículo 23 de la LPCL. Sin embargo, la demandante sostuvo como principal argumento que su exempleadora no cumplió con informarle de manera oportuna la programación de los referidos exámenes.

Ahora bien, de las consideraciones contenidas en el fallo se desprende que la Sala ha considerado que la carta de fecha 15 de marzo de 2013 cursada a la actora para que se someta al examen médico dispuesto para el 22 de marzo no resulta prueba suficiente de la notificación cursada porque en el cargo de recepción colocado por la demandante no se ha consignado la fecha de recepción. Ello, estima la Sala, demostraría que la demandada le imputó hechos inexistentes a la trabajadora y, por ende, califica el despido como fraudulento y dispone la reposición.

De esta forma se equipara un supuesto –y discutible– requisito de prueba con la figura del despido fraudulento, dejando de lado que el caso comentado podría, en una tesis extrema, corresponder a un despido injustificado pasible de ser objeto de tutela resarcitoria mas no restitutoria, lo que corresponde más bien al concepto de estabilidad laboral absoluta que el fallo parece auspiciar.

Asimismo, en el Exp. Nº 07978-2013-0-1801-JR-LA-09 la Sala Laboral señaló:

> "(…) **de lo que se puede concluir que si bien existió un descontrol en la administración de los bienes en custodia a cargo del actor; sin embargo no se ha acreditado que exista una apropiación en provecho propio o de terceros como le ha increpado la demanda** (…) aun cuando se incumple con la imputación de una causal, de tal

> suerte que **se puede concluir que el actor fue despedido fraudulentamente**, pues la imputación de la falta grave solo fue efectuado para aparentar que se había llevado adelante el procedimiento formal de despido cuando en 'en los hechos' la demandada ya había tomado la decisión de extinguirla decisión laboral con el actor y prescindir de sus servicios, siendo así, releva el análisis de la falta grave alegada".

En el proceso bajo comentario, el demandante fue despedido por la comisión de las faltas graves de: (i) incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y (ii) apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros.

En el presente caso el personal de seguridad de la empresa minera detectó que en la zona de residuos sólidos se habían ocultado dentro de un cilindro una serie de filtros, repuestos y otros accesorios nuevos cuya custodia recaía en el ámbito de responsabilidades del área de Logística de la que el demandante era responsable. Sin embargo, la Sala calificó el despido de fraudulento por considerar que no se habría acreditado el extremo referido a la apropiación de los bienes de la empresa en provecho del demandante o de terceros y porque, según un correo remitido por un asistente de dicha área, el actor ya había sido retirado de la empresa (en fecha anterior a que se lleve a cabo el procedimiento de despido). De ahí, estima el fallo, que no es válida la afirmación vertida por la empresa en una diligencia de inspección en el sentido que el actor continuaba laborando normalmente. Así, la Sala concluye que el procedimiento de despido, materializado posteriormente, fue simplemente la formalización de una decisión previamente adoptada, no resultando relevante analizar la falta grave alegada.

Repárese que el fallo reconoce que había un descontrol en la administración de los bienes confiados al actor y que una de las causales de despido imputadas consistió en el incumplimiento injustificado de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral. De ahí que, más allá de la verosimilitud que se le pueda atribuir al correo de un asistente sobre la fecha efectiva de la separación del demandante, resulta controversial que se ordene la reposición del actor por un despido en que por lo menos una de las faltas graves imputadas quedó demostrada. Sin embargo, aún en el supuesto que se pudiera estimar que las faltas graves no habían quedado debidamente demostradas cabría concluir que el despido resulta injustificado, correspondiendo con ello al actor la tutela resarcitoria y no así restitutoria.

Los pronunciamientos, glosados a modo de simple referencia, evidenciarían la tendencia de la justicia laboral ordinaria a ordenar la tutela restitutoria (reposición) ante despidos que en todo caso podrían calificar como injustificados, haciendo así patente un esquema que resulta propio de la estabilidad laboral absoluta.

5. El alejamiento del TC del modelo constitucional vigente en materia de estabilidad laboral

Con base en los criterios establecidos por el TC mediante los pronunciamientos antes señalados, un sector de la doctrina nacional estima que el TC ha consagrado que el derecho al trabajo, en su aspecto vinculado a la protección contra el despido, implica que este solo resulta procedente cuando media causa justa legalmente establecida y debidamente comprobada y que el despido fraudulento, en cuanto lesivo de derechos fundamentales debe asimilarse a los supuestos de despido nulo previstos en el artículo 29 de la LPCL[22].

Cabe recordar que sobre esta materia el artículo 48 de la Constitución de 1979 establecía lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada". Es con base en esta disposición que la legislación infraconstitucional, desarrollada en ese entonces mediante la ley Nº 24514, consagró la denominada estabilidad laboral absoluta, conforme a la cual ante el despido sin justa causa solo procedía la tutela restitutoria a opción del trabajador.

Debemos, pues, determinar si el esquema de estabilidad laboral introducido por el TC resulta o no compatible con el modelo constitucional vigente en el país, o si más bien ha tratado de reproducir el modelo de estabilidad laboral previsto en la derogada Constitución de 1979.

Ahora bien, son dos las normas que la Constitución de 1993 consagra en esta materia:

> Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona
>
> Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

(22) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Colección 167, Tomo 9, Nº 8, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 22.

Conforme se desprende de los artículos citados, de una parte la Constitución reconoce el derecho al trabajo, y por otro lado, en materia específica de protección contra el despido, dispone la implementación de un marco legal que regule el tipo de tutela que corresponderá a los trabajadores que hayan sido objeto de un despido ilegal.

De esta forma, si fuese el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Constitución, el que determinase la procedencia de la tutela restitutoria ante el despido sin justa causa resultaría innecesario el artículo 27 de la Constitución. Sin embargo, precisamente es la aludida disposición la que impone la necesidad de desarrollar una legislación que confiera al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Siendo ello así, consideramos erróneo sostener que la sola invocación y afectación del derecho al trabajo importa el derecho a la reposición por cuanto ello supondría calificar de superflua la necesidad del desarrollo legal que ordena el acotado artículo 27.

V. DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. El derecho fundamental al trabajo y la tutela resarcitoria

Conforme se ha mencionado en reiterada jurisprudencia, el TC ha modificado sustancialmente el régimen de estabilidad laboral al conceder la tutela restitutoria a supuestos de despido incausado y fradulento, bajo la premisa de que estos configuran una vulneración al derecho al trabajo, en su vertiente de conservación del empleo.

Resulta así relevante evaluar si otros ordenamientos jurídicos y tratados internacionales que, al igual que la Constitución peruana, consagran el derecho al trabajo y la protección contra el despido han concluido que la afectación de este derecho debe necesariamente dar lugar a la tutela restitutoria, es decir, a la reposición o si admite diversos tipos de tutelas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, consagra el derecho al trabajo en su artículo 23.De la misma forma, el inciso a) del artículo 1 de Protocolo Adicional de la Carta Social Europea establece que los Estados Partes deben garantizar la protección contra el despido.

Análogamente, el inciso a) del artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas establece que esta organización debe promover trabajo permanente para todos. A ello se agrega el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc), que igualmente reconoce el derecho al trabajo y la obligación de

los Estados de implementar medidas adecuadas destinadas a la protección de los trabajadores frente al despido.

Son numerosísimos los Estados que han ratificado estos criterios y sin embargo, consagrar el derecho al trabajo no ha sido óbice para que sea la tutela resarcitoria, estos es, la estabilidad laboral relativa –y no la absoluta– la que prevalezca en el Derecho Comparado.

De igual manera, el derecho al trabajo se encuentra consagrado por el artículo 6 en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, (Protocolo de San Salvador) sin perjuicio de lo cual su artículo 7 dispone:

> "Artículo 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo
>
> Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:
>
> (…)
>
> d. 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 cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional".

Similar tratamiento surge del artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador el cual señala:

> "Artículo 10.- Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada 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".

Así, el Convenio 158 prevé que sean los Estados los que determinen si sus autoridades competentes estarán facultadas o no para ordenar la tutela restitutoria ante la vulneración del derecho al trabajo, admitiendo así que la indemnización pueda ser un mecanismo adecuado de reparación, incluso si estimasen que en función de particulares circunstancias la reposición no resultase viable.

De la misma forma, el artículo II-90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea consagra que: "Todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales".

A mayor abundamiento, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual establece:

> "Artículo 30.- Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales".

Del artículo citado se desprende que en el ámbito comunitario europeo se reconoce que corresponderá a la legislación y prácticas nacionales regular la forma de proteger al trabajador ante el despido injustificado de forma que los respectivos ordenamientos establezcan mecanismos de tutela con base en sus circunstancias económicas y contextos sociales particulares.

En esa misma línea, y a modo de ejemplo, resulta oportuno analizar algunas de las Constituciones europeas.

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho al trabajo en los términos siguientes:

> "Artículo 35.- Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (…)".

Sin embargo, la legislación española reconoce la tutela restitutoria ante lo que correspondería a despidos nulos en el ordenamiento legal peruano o despidos con violación de derechos fundamentales. A su vez, tipifica como despido improcedente aquel en el que no resulta acreditado el incumplimiento alegado por el empleador o no se hubieran cumplido con las exigencias formales establecidas. Repárese que un despido improcedente afecta, igualmente, el derecho al trabajo, de

plasmación constitucional en el ordenamiento español, pero no por ello, corresponde en tal supuesto la tutela restitutoria[23].

De la misma forma, la Constitución holandesa, reconoce en el artículo 19 el derecho al Trabajo y la libertad del legislador de establecer el marco protector del derecho al trabajo.

> "Artículo 19.- Los poderes públicos fomentan una política orientada a lograr oportunidades de empleo suficientes; La ley regulará el estatuto de los trabajadores y su protección en el trabajo (…)".

El caso de Holanda merece una particular atención, ya que a efectos de que el empleador pueda legítimamente prescindir de los servicios de un trabajador deberá contar con una autorización administrativa previa. Es importante acotar que en la práctica los criterios de la autoridad administrativa respecto a las causas que legitiman el cese son bastante abiertos, admitiéndose profusamente causales relativas a la situación económica de la compañía. Ahora bien, en defecto de dicha autorización el despido será considerado nulo, y, por consiguiente, ineficaz siendo –en teoría– obligación del empleador reponer al trabajador afectado. Sin embargo, en la práctica, la judicatura favorece el pago de una indemnización antes que la reincorporación debido a que en la gran mayoría de casos es considerada inviable[24].

Del mismo modo la Constitución alemana otorga el máximo reconocimiento al derecho al trabajo y a su salvaguarda.

> "Artículo 74.- La legislación concurrente abarca las siguientes materias (…)
>
> 12. El derecho del trabajo, incluyendo la organización de la empresa, la salvaguardia del trabajo y las oficinas de colocación, así como la seguridad social con inclusión del seguro de desempleo".

El ordenamiento jurídico alemán establece que ante la ocurrencia de un despido ilícito, procederá la tutela restitutoria. Sin embargo, los jueces alemanes han entendido que este tipo de garantía frente a la afectación del derecho al trabajo resulta frecuentemente inadecuado. Por consiguiente, en la práctica, la tutela imperante en los casos de despido ilícito es la resarcitoria. Resulta interesante el hecho de que el ordenamiento alemán no ha establecido los parámetros sobre

(23) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Guía Laboral - Actuaciones en caso de despido". Madrid. Revisado 7 de octubre de 2014. En: <http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm>.

(24) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. Loc. cit., p. 287.

los cuales deba calcularse el monto de la indemnización, dándosele plena libertad a las partes para determinar el monto que estas consideren adecuado. Sin embargo, en líneas generales el mercado laboral ha determinado que las indemnizaciones oscilen entre 30 % y el 100 % de la remuneración por año de servicios(25).

Finalmente, bajo la misma lógica, las Constituciones de Bélgica(26), Luxemburgo(27), Malta(28), Grecia(29), entre otras, reconocen plenamente el derecho fundamental al trabajo y su ejercicio, admitiendo una gama de mecanismos para su tutela, los cuales responden a diversos criterios como las circunstancias económicas y sociales, la viabilidad de la medida, la gravedad del despido calificado de ilícito, etc.

Así, pues, el común denominador de los instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales antes referidos consiste en el reconocimiento del derecho al trabajo y así como el derecho a la adecuada protección frente al despido, sin que por ello se determine que el único mecanismo de tutela adecuado frente a un despido ilícito sea la reposición, salvo despidos discriminatorios. Más aún, como advierte Álvarez del Cuvillo, del estudio comparado de los regímenes laborales de diferentes Estados europeos surge que la indemnización por despido improcedente es la principal garantía jurídica frente a la arbitrariedad empresarial(30).

Análogamente, en el ámbito latinoamericano, la gran mayoría de Estados también ha incorporado a sus textos constitucionales el derecho al trabajo.

La Constitución argentina, reconoce en su artículo 14 el derecho al trabajo. Asimismo, desarrolla el contenido del referido derecho en el artículo 14 bis.

> "Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabaja (…)
>
> Artículo 14. bis.- El trabajo en sus diversas formas gozara de (…) protección contra el despido arbitrario; (…)".

(25) Ibídem, p. 279.

(26) Artículo 23.- Cada uno tiene el derecho de llevar una existencia conforme con la dignidad humana. A tal fin, la ley, el decreto o la disposición en el artículo 134 garantizaran, teniendo en cuenta los correspondientes deberes, los derechos económicos, sociales y culturales, y determinarán las condiciones de su ejercicio.

(27) Artículo 11.- El Estado garantiza el derecho al trabajo y asegura a todos los ciudadanos el ejercicio del mismo.

(28) Artículo 7.- El Estado reconoce el derecho de todos los ciudadano al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo ese derecho

(29) Artículo 22.- El trabajo constituye un derecho y queda bajo la protección del Estado (…)

(30) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. Ob. cit., p. 292.

En el caso argentino, el régimen de protección frente al despido se caracteriza por sancionar el despido ilícito con el pago de una indemnización, siendo, únicamente procedente la reposición en los supuestos en que el despido responde a consideraciones antisindicales, criterio que ha sido ampliado jurisprudencialmente a todo cese que sea producto de prácticas discriminatorias.

Bajo la misma lógica, la Constitución de Colombia otorga el mayor reconocimiento al derecho al trabajo. Así la referida norma fundamental establece:

> "Artículo 25.- El Trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

El marco legal colombiano establece que ante el despido injustificado únicamente procederá el pago de una indemnización tarifada de conformidad con los topes establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo(31). Sin perjuicio de ello, la justicia constitucional, producto de la evolución jurisprudencial, ha determinado que corresponderá la reposición –o estabilidad reforzada– a los trabajadores cesados por razones discriminatorias. Así, la Corte Constitucional de Colombia, ha otorgado esta tutela a trabajadoras gestantes, discapacitados o sindicalizados, etc.

De igual manera, en la Constitución chilena también se reconoce el derecho al trabajo.

> "Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
>
> (…)
>
> 16. La libertad de trabajo y su protección".

Las normas infraconstitucionales chilenas establecen un régimen de estabilidad relativo donde únicamente procede el pago de una indemnización en caso de despidos injustificados. Así, el ordenamiento chileno considera que la tutela resarcitoria (indemnización importa una sanción adecuada ante la vulneración al derecho al trabajo).

(31) Artículo 64.- Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización (…).

Se corrobora, pues, con base en lo expuesto, que en numerosos ordenamientos el derecho al trabajo es objeto de diversas tutelas estableciéndose mayoritariamente un sistema mixto en el que la tutela restitutoria opera fundamentalmente en casos de despidos discriminatorios, mientras que para el resto de despidos ilícitos solo se reconoce la tutela resarcitoria.

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TC

El TC ha basado su razonamiento en que los casos de despido incausado y fraudulento configuran una afectación al derecho al trabajo únicamente remediable con la reposición del trabajador.

En esa línea autores como Baylós y Pérez sostienen que la implementación de un sistema de protección frente al despido ilícito que admita la tutela resarcitoria en desmedro de la tutela restitutoria "banaliza el despido"(32) y niega el verdadero contenido y alcance del derecho al trabajo que por su naturaleza debe ser exigible y eficaz.

No compartimos esa posición. Creemos que esa tesis parte de una noción de derecho fundamental que no distingue los límites del contenido esencial de los derechos fundamentales (delimitado por las obligaciones y prerrogativas que determinada situación jurídica confiere a un sujeto de derecho) con las garantías que el ordenamiento prevé ante la vulneración de este.

Dicho en otros términos, esta aproximación de los derechos fundamentales, aplicada al caso particular del derecho fundamental al trabajo, nos llevaría a sostener que el fundamento, y por consiguiente, la existencia del mismo se encuentra condicionada al establecimiento de un determinado tipo de tutela, no obstante que la protección de un derecho fundamental puede materializarse a través de distintas vías, como lo reconocen los tratados internacionales y los diferentes ordenamientos constitucionales que consagran el derecho al trabajo, sin reconocer la tutela restitutoria, esto es la reposición de modo generalizado.

Esta visión encierra en última instancia una concepción utilitarista respecto a los derechos fundamentales, en donde únicamente se reconocería la existencia

(32) BAYLÓS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. 1ª ed., Trotta, Madrid, p. 44.

plena de un derecho en tanto el ordenamiento haya establecido mecanismos de extrema tutela y reduce el contenido esencial de los derechos fundamentales a las garantías judiciales previstas por el ordenamiento ante su afectación(33). A su vez, desconoce la libertad de los órganos legislativos del Estado para construir y adoptar mecanismos de tutela que resulten funcionales a de sus propias variables y condicionamientos sociales y económicos.

Así, estimamos que debe favorecerse una aproximación estructural de los derechos fundamentales, como la que propone Luiggi Ferrajoli, en virtud de la cual se distingue fehacientemente el contenido de los derechos y las garantías judiciales previstas ante su afectación.

De acuerdo a Ferrajoli, la extendida creencia de que el contenido del derecho fundamental comprende las garantías judiciales que el ordenamiento jurídico depara ante su vulneración, no solo resulta imprecisa, sino que impide el reconocimiento de los verdaderos alcances de un determinado derecho, así como la construcción de nuevos esquemas optimización, maximización, ponderación y tutela. En ese sentido, el autor propone el abandono de paradigmas tradicionales a efectos de lograr una aproximación concluyente sobre el contenido de los derechos fundamentales.

Como señala este autor, derecho y garantías no son lo mismo, toda vez que puede encontrarse reconocido un derecho fundamental sin que paralelamente se haya establecido un mecanismo de garantía específico respecto de su aplicación. Ese, precisamente, ha sido el derrotero de la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, con base en los cuales se han establecido verdaderos principios informadores del sistema jurídico y prefjiado la ruta de su ulterior desarrollo, no obstante que no necesariamente los respectivos ordenamientos hayan previsto garantías específicas que aseguren la plena eficacia del derecho. Por ello, si un derecho está consagrado en un ordenamiento, pero no ha sido objeto de una garantía específica ello no determinará la inexistencia del derecho sino la carencia de la garantía. Respecto de esta habrá una laguna que el derecho deberá colmar estableciendo formas o mecanismos que permitan la adecuada implementación del derecho reconocido, precisamente por reconocerse su existencia.

La diferenciación que propone Ferrajoli permite advertir la autonomía del contenido del derecho fundamental al trabajo, respecto de los mecanismos de tutela que el ordenamiento pueda consagrar para el despido sin justa causa. Así, el

(33) FERRAJOLI, Luiggi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2007, p. 55.

contenido esencial de un derecho fundamental, como corresponde al derecho al trabajo, puede gozar de pleno reconocimiento jurídico y paralelamente admitirse diversos tipos de garantías o protección frente al despido ilícito. Son pues, dos cosas distintas derecho y garantía.

En ese sentido, resulta cuestionable la posición del TC en virtud de la cual liga inexorablemente el derecho fundamental al trabajo con la garantía de tutela restitutoria, debido a que desconoce que las particularidades propias del contenido esencial del derecho al trabajo admiten la aplicación de una gama variada de garantías jurídicas.

Respecto a las características especiales del contenido del derecho fundamental al trabajo cabe destacar lo señalado por Bobbio:

> "El derecho al trabajo no basta con fundamentarlo, ni con proclamarlo. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema netamente jurídico. Es un problema cuya solución depende también de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la Constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica(34).

De lo expuesto por Bobbio se desprende que la complejidad del contenido del derecho fundamental al trabajo marca la necesidad de reconocer mecanismos de tutela variados y compatibles con los diversos aspectos e implicancias sociales inmanentes a su ejercicio. En ese sentido, pretender que la tutela restitutoria es el único mecanismo eficaz ante la vulneración de un derecho tan complejo como lo es el derecho fundamental al trabajo no es sino una añoranza de la estabilidad laboral absoluta que rigió en el Perú, que la Constitución vigente no postula al igual que los instrumentos internacionales y constituciones que han consagrado el derecho al trabajo.

Ojeda Avilés, refiriéndose al caso español, señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha introducido el principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales laborales y el derecho a la libre empresa y que esa ha sido la tónica predominante en los tribunales de los países desarrollados en esta primera etapa del siglo XXI, esto es, hacer factible un sofisticado equilibrio entre derechos fundamentales de los trabajadores y de los empresarios. Señala, a su vez, la aceptación universal de la idea de que hay unos derechos más básicos que

(34) BOBBIO, Hugo. *L'etá dei diritti*. Einaudi, Traducción al español de R. de Asís Roig, Torino, 1991; *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, p. 82.

otros lo cual determina que resultará válido que existan distintos niveles de protección judicial y legal[35].

Abrigamos, pues, la esperanza de que la renovada composición del actual Tribunal Constitucional reevalúe los criterios que ha venido desarrollando y tomando en cuenta que la Constitución peruana igualmente garantiza el derecho a la libertad de empresa, reencause el régimen de protección contra el despido injustificado adecuándolo al modelo constitucional vigente.

(35) OJEDA AVILÉS, Antonio. "Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿La ecuación imposible?". En: *Tribuna Social*. Nº 217, Madrid, 2008, p. 15.

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Hace casi 45 años se dictó la primera ley de estabilidad laboral y desde entonces los debates acerca del grado de protección que el orden jurídico debe prestar al trabajador en caso de despido no han cesado. En ese periodo, la normativa sobre la estabilidad laboral ha sufrido numerosos cambios, en algunos casos profundos, pero, asumiendo una perspectiva histórica podemos afirmar que, más allá de la cantidad de normas que han regulado el despido y la protección del trabajador ante este evento, dos modelos han estado en juego y se han sucedido el uno al otro. Uno es un modelo que podemos calificar como "garantista" y el otro es un modelo de "mínima protección". En la perspectiva histórica, primero arribó a nuestro ordenamiento jurídico el modelo "garantista", el cual fue sucedido por el modelo de "mínima protección" que es el que actualmente nos rige.

Aunque el propósito de esta ponencia es analizar la situación actual de la estabilidad laboral, no creemos adecuado realizar ese análisis sin referirnos, previamente, al proceso histórico de la estabilidad en el trabajo en el Perú, ya que a partir del conocimiento de este podemos intentar comprender el por qué del cambio de modelo así como, a su vez, los problemas y posibilidades que este último plantea. De este modo, empezaremos esta exposición estudiando, en primer lugar, la configuración legal de la estabilidad para luego, a renglón seguido, referirnos a sus fundamentos teóricos, en la doctrina del Derecho del Trabajo. Hecha esta presentación ingresaremos al análisis de la situación actual creada por las normas legales que regulan el despido, para finalizar con el examen del cambio que en materia de protección del despido ha significado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el despido lesivo de derechos fundamentales.

I. EL MODELO GARANTISTA DE ESTABILIDAD LABORAL: SU CONFIGURACIÓN LEGAL

1. La estabilidad laboral absoluta

Entre los años 1970 y 1990, el Perú contó con un régimen legal de estabilidad en el trabajo que podía ser calificado como de "estabilidad laboral absoluta"[1]. Durante este periodo tres normas legales sucesivas y una norma constitucional regularon el derecho del trabajador a la estabilidad laboral. Analizaremos este modelo tanto desde la perspectiva de la protección contra el despido –o "estabilidad de salida"– cuanto desde la perspectiva del régimen de contratación laboral –o "estabilidad de entrada"–.

A. La protección contra el despido injustificado

1) El Decreto Ley Nº 18471

El derecho de estabilidad en el trabajo fue introducido por la ley: el Decreto Ley Nº 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral que comprendió a los "trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas" (art. 1).

El derecho lo adquiría el trabajador, al cumplir el periodo de prueba de tres meses, momento a partir del cual solo podía ser despedido por causas justas señaladas en la ley, a saber: i) falta grave, y ii) reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de la empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de considerarse injustificado el despido fundado en aquella la medida reparadora prevista era la reposición del trabajador en su mismo puesto de trabajo, aunque también se reconoció a aquel el derecho a optar por una indemnización equivalente a tres meses de remuneraciones. La reposición era obligatoria y no cabía contra ella recurso ni oposición alguna del empleador.

El despido colectivo –denominado "reducción de personal"– por causas económicas, técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, o en caso de liquidación de la empresa, solo procedía previa autorización del Ministerio de Trabajo, luego de

(1) Entendiendo por este aquel en el cual la medida reparadora en caso de un despido injustificado o arbitrario es la reposición del trabajador en su centro de trabajo, a diferencia de la denominada estabilidad "relativa" en la que la reparación al despido consiste en el pago de una indemnización, sin que el trabajador retorne a su puesto de trabajo.

seguirse un procedimiento administrativo en cuyo desarrollo las partes podían conciliar sus puntos de vista y celebrar un acuerdo.

2) El Decreto Ley Nº 22126

Luego de poco más de 7 años de vigencia, el D.L. Nº 18471 fue derogado y sustituido por el Decreto Ley Nº 22126, vigente a partir del 21 de marzo de 1978.

La diferencia fundamental entre esta norma y la anterior, radicó en postergar la adquisición del derecho a la estabilidad laboral absoluta, la cual fue condicionada al cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador (art. 2.b). Con ello, se creó un "periodo adquisitivo de la estabilidad", intermedio entre el vencimiento del periodo de prueba, y la adquisición de la estabilidad (en concreto 2 años y 9 meses) durante el cual el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. La omisión del preaviso, es decir el despido llamado "intempestivo", daba derecho a percibir una indemnización especial equivalente a las remuneraciones de dicho plazo (art. 28).

Se retornó, sin duda, durante aquel lapso –un verdadero *hinterland*, entre el periodo de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral– al despido libre o *ad nutum*, carente de causa justificada, sujeto únicamente el preaviso o a la indemnización sustitutoria de este, por lo cual no podía calificarse esa etapa como de "estabilidad relativa" pues esta supone, como mínimo, la exigencia de una causa que justifique el despido, aunque, la reparación del que se produce injustificadamente, no se efectivice mediante la reposición del trabajador sino con el pago de una indemnización.

El trabajador después de cumplir tres años de servicios continuos solo podía ser despedido por falta grave o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, a las que se refirió la ley como "situaciones excepcionales". El D.L. Nº 22126, empero, concedió el beneficio de la estabilidad absoluta, sin necesidad de tener tres años de servicios, a los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo fijar el número de dirigentes que en cada nivel de organización sindical podía gozar de esa protección (art. 33).

La falta grave, al igual que en la ley anterior, quedó enumerada taxativamente, pero se amplió la lista de los actos del trabajador tipificados como falta (art. 4). También se incluyó, modificando el reglamento de la Ley Nº 4916 (art. 26), las faltas del empleador y los medios de reclamación ante los actos de hostilidad de este y el llamado "despido indirecto".

La indemnización, para quien a optara por esta, fue elevada de tres a doce remuneraciones mensuales, pero estableciendo un tope para el monto mensual de dicha remuneración, igual al entonces vigente para la compensación por tiempo de servicios, fijado en el D.L. Nº 21396[2].

Esta ley, también incorporó disposiciones destinadas a limitar el "trabajo no estable", imponiendo a las empresas máximos para el número de trabajadores que podrían tener en periodo de prueba y en el régimen de *part time* o jornada de trabajo inferior a 4 horas diarias.

3) La Constitución de 1979 y la Ley Nº 24514

a) La estabilidad laboral como derecho constitucional

El "derecho a la estabilidad en el trabajo" fue reconocido de modo expreso por el artículo 48 de la Constitución de 1979, el cual señaló que: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada".

Los Decretos Leyes Nºs 18471 y 22126, que fueron, sucesivamente, las dos primeras leyes sobre estabilidad en el trabajo no tuvieron fundamento en una norma superprimaria a la cual ceñirse. En efecto, la estabilidad laboral ingresó al Derecho peruano del Trabajo –como gran parte de las normas que lo integran– por acto del legislador[3], sin que este viniera obligado o encuadrado por una disposición de jerarquía suprema, como las que integran la Constitución Política. En tal virtud, el modelo de estabilidad laboral establecido por vía legal, podía ser modificado sustancialmente o, inclusive, suprimido, siempre que tales cambios o supresión se hicieran mediante otra norma de igual jerarquía.

(2) Al efectuarse, por error de técnica legislativa, la remisión a dicha norma y no al régimen de ese beneficio (aplicable a los ingresados después del 11 de julio de 1962), la posterior elevación del tope de esa compensación (CTS) no tuvo el mismo efecto respecto de la indemnización por despido que, poco a poco, por efectos de la inflación, devino en una cantidad irrisoria, insuficiente para configurar una alternativa atrayente frente a la posibilidad de la reposición en el trabajo.

(3) El cual, además, en el caso específico de las normas mencionadas, no fue el Congreso o Parlamento, que es titular del Poder Legislativo en los regímenes constitucionales, sino el denominado "Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada", que desde el golpe militar del 3 de octubre de 1968 hasta el 28 julio de 1980, ejerció, de facto, la función legislativa mediante "decretos leyes".

Por el contrario, al entrar en vigencia, a partir del 28 de julio de 1980 la Constitución de 1979, la situación adquirió, desde la perspectiva del Derecho, una connotación completamente distinta, al reconocer esta carta la "estabilidad en el trabajo" como derecho constitucional. Reconocimiento este, que la ley fundamental no formuló en términos "programáticos", de modo tal que se remitiera a la ley determinar el contenido concreto de aquel derecho, sino que el propio texto constitucional efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución, por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional(4).

b) El desarrollo legal del derecho constitucional a la estabilidad: la Ley Nº 24514

En armonía con la norma constitucional, se dictó, esta vez por el Poder Legislativo, una nueva Ley de Estabilidad en el Trabajo (LET), la Ley Nº 24514, que entró en vigencia el 6 de junio de 1986. Esta norma:

b.1) Restableció la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del periodo de prueba, eliminando así el periodo de "adquisición" del derecho extendido a tres años por el derogado D.L. Nº 22126(5).

b.2) A diferencia de la norma anterior, enumeró (LET, art. 4) las "causas justas de despido" y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las "situaciones excepcionales" de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la Autoridad Judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso.

(4) Cfr. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana". En: AA.VV. *Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1989, pp. 82-135.

(5) Retornó, así, en esta materia, al criterio originalmente establecido por el D.L. Nº 18471.

b.3) Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT[6], un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador[7].

b.4) Rodeó al despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido, con efectos similares a la calificación de este como injustificado.

b.5) Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador[8], y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido. Elegida la reposición esta era forzosa, sin posibilidad alguna de oposición de parte del empleador, a quien, en caso de resistencia, se le aplicaba la coerción penal introducida inicialmente por el D.L. Nº 22126.

b.6) Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una "asignación provisional" a título de un auxilio económico durante el proceso.

(6) Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.

(7) Al ser "previo" al posible despido, este procedimiento tenía lugar dentro del ámbito de la empresa y ante el propio empleador, a quien correspondía adoptar la decisión final respecto a la extinción de la relación laboral. En el modelo de la LET, la omisión de este procedimiento, conllevaba la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador.

(8) Bajo la vigencia de los Decretos Leyes Nºs 18471 y 22126, la pretensión de reposición del trabajador debía ser tramitada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, a la cual se otorgó la facultad de resolver la impugnación del despido cuando el vínculo laboral estaba vigente. Solo en caso de que el trabajador optara por solicitar el pago de la indemnización por despido, como reparación del mismo, debía interponer una demanda ante el Juez de Trabajo.

b.7) Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización.

b.8) Tipificó como "faltas del empleador" las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza (LET, art. 25, inc. g.); y, de la misma manera, los actos contrarios a la dignidad e intimidad de aquel, como el "hostigamiento sexual" y otros de índole similar (LET, art. 25, inc. h).

b.9) Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en periodo de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro (4) horas diarias, y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo a dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios.

B. El régimen de contratación laboral

1) Contratos de duración determinada

Como es bien conocido, la estabilidad laboral de "salida", entendida como "protección contra el despido" se relaciona inseparablemente con la estabilidad laboral de "entrada", esto es con el régimen de contratación laboral, pues la primera solo tiene sentido cuando prevalece la contratación de duración indeterminada y, en cambio, pierde toda significación cuando se reconoce al empleador la facultad unilateral de establecer discrecionalmente la duración del contrato, sin atender a la naturaleza –permanente o temporal– de la labor a realizar. Por ello, poco antes de dictarse el Decreto Ley Nº 18471, se expidió el Decreto Ley Nº 18138[9] que reguló la contratación temporal, estableciendo que en los centros de trabajo donde se realizaran labores que por su naturaleza fueran permanentes o continuas, podían celebrarse contratos individuales a plazo fijo o para obra determinada solo cuando así lo exigiera la naturaleza accidental o temporal del servicio a

(9) Se dictó el 6 de febrero de 1970.

prestar o de la obra a ejecutar. De esta forma la contratación de duración determinada quedó limitada, estando sujeta a parámetros legales estrictos, ajenos a la voluntad del empleador, por lo cual revistió carácter excepcional respecto de la contratación de duración indeterminada erigida en la regla general.

2) Contratación indirecta: empresas de servicios

El D.L. Nº 22126, admitió la prestación de servicios por personal ajeno a la empresa, a través de empresas de servicios que tuvieren contrato con una empresa a la cual brindaran servicios de tipo complementario, con su propio personal, pero prohibió la intermediación laboral, señalando que la prestación de servicios en una empresa no podía ser realizada por personal remunerado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso de las empresas de servicios. La ley no precisó, sin embargo, las sanciones y efectos laborales derivados de la violación de esta prohibición lo que, en la práctica, significó durante su vigencia una forma de evasión de la estabilidad laboral, a través de la contratación de empresas de servicios sin verdaderos requisitos de tales o que prestaban servicios en las actividades principales de la empresa usuaria.

II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

El establecimiento de la estabilidad laboral en el Perú, –y en otros países en general– es el producto del desarrollo del Derecho del Trabajo y a la aplicación de ciertos principios que rigen a esta disciplina, en los cuales aquella encuentra fundamentos firmes. Toca preguntarnos cuáles son estos y en qué forma conducen, necesariamente, a la creación de normas destinadas a amparar el trabajador en caso de un despido injustificado.

1. El principio protector y la protección frente al despido. Evolución histórico-jurídica

Pacíficamente, se considera que el "principio protector" es el más importante de los que inspiran el Derecho del Trabajo y, quizás, como lo sostiene De la Villa el único verdaderamente específico del Derecho del Trabajo[10].

(10) DE LA VILLA GIL y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). *Los principios del Derecho del Trabajo*, Presentación. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 10.

La trascendencia individual y social que, indudablemente, reviste el despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que solo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad.

Naturalmente, a este grado de protección solo se ha podido llegar después de una evolución que, al decir de Martín Valverde "no ha sido lineal" y que se ha caracterizado por la constante divergencia de intereses, entre empleadores y trabajadores acerca de la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo(11). Divergencia esta que, en no pocos casos, se ha resuelto mediante fórmulas legislativas conciliadoras entre los principios de "libertad contractual" o de empresa, de un lado, y de "estabilidad en el empleo" o "continuidad", del otro(12).

E, inclusive, aunque para un determinado periodo histórico sea posible reconocer un proceso evolutivo, en el sentido de un constante progreso en la creación de mecanismos protectores contra el despido, cada vez más amplios y eficaces –que acaso alcanzó su cénit con su formulación en el plano internacional mediante el Convenio 158 de la OIT, el año 1982–, hoy en día, a la vista de los cambios operados en numerosas legislaciones laborales en la última década, en nombre de la denominada "flexibilización" del derecho del Trabajo, resulta difícil sostener el carácter evolutivo de aquel proceso(13).

Con todo, es posible trazar el derrotero que en el plano histórico-jurídico ha seguido la regulación legal del despido, no solo para reconocer la significación que este ha tenido, sino, de igual manera, para identificar aquellos elementos surgidos en los sistemas de protección que, por así decirlo, han adquirido "carta de ciudadanía" en el Derecho del Trabajo y, por esta razón, se mantienen presentes, a veces reformulados, en los nuevos esquemas inspirados por las corrientes flexibilizadoras.

(11) Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 533.

(12) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 447.

(13) En el contexto de la flexibilización "(...) es común que se argumente que las posibilidades de adaptación rápida tropiezan con una reglamentación del trabajo que establece un sistema de protección contra el despido que dificulta o inclusive imposibilita la movilidad de la mano de obra (...) Para solucionar esta rigidez se preconiza la flexibilidad de la contratación laboral, que en términos realistas se pudiera traducir por la expresión "mayor facilidad para despedir". (BRONSTEIN, Arturo S. "La flexibilidad del trabajo: Panorama general". En: AA.VV. *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*. Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, 1990, p. 32.).

Desde la perspectiva de que el despido del trabajador comporta la manifestación de un "poder" que se reconoce al empleador –y que el Derecho Laboral, en general, limita los poderes de este para proteger al trabajador–, podemos distinguir, en la evolución de la protección contra el despido, tres grandes etapas o momentos, determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes: A) el despido: poder absoluto, B) el despido: poder limitado, y C) el despido: poder excepcional(14).

A. El despido: poder absoluto

En la etapa previa a la formación del Derecho del Trabajo, cuando los principios e instituciones características de esta disciplina no se encontraban definidas, las relaciones de trabajo cayeron bajo el ámbito de regulación de los códigos civiles o, incluso, los códigos de comercio, que solían encuadrarlas dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios.

Bajo esa perspectiva, se consideraba que el contrato podía ser resuelto libremente, en cualquier momento, por decisión de cualquiera de las partes. Esta concepción, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes, concedía al empleador el poder discrecional de despedir al trabajador, sin que la validez de su decisión estuviera condicionada por exigencias de fondo, de forma o, menos aún, por la obligación de resarcir al trabajador por la pérdida de su empleo.

La doctrina conoce a esta forma de extinción de la relación de trabajo como despido *ad nutum* que "(...) ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. Sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales, de manera que el despido pudiera realizarse sin necesidad de someterse a reglas o normas formales determinadas, y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastrase consigo la obligación empresarial de indemnizarse daños y perjuicios"(15).

En el despido *ad nutum* la facultad de despedir que se reconoce al empleador es absoluta, discrecional e incausada, por lo que no resulta posible plantear la cuestión de la legitimidad o licitud del despido. Este, constituye, por el contrario, el ejercicio legítimo de una potestad que el ordenamiento jurídico le atribuye y,

(14) Reproducimos en este tema las ideas vertidas en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo". En: *Derecho*. Nº 49, Revista de la PUCP, Lima, diciembre de 1995.

(15) ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. 7ª ed., Ariel, Madrid, 1981, p. 562.

por consiguiente, cualquiera que sea el motivo, –o, aún, la ausencia de este– o la forma utilizada –o, aún la omisión de toda forma propiamente dicha–, el despido decidido libremente por el empleador no es susceptible de ser revisado en sede judicial ni, tampoco, administrativa.

En tal virtud, el trabajador despedido carecía del derecho de impugnar o reclamar contra el despido, con el objeto de alcanzar una reparación económica por los perjuicios que le ocasionaba la pérdida de su puesto de trabajo, y, menos aún, con el de recuperar dicho puesto.

Este sistema rigió en el Perú hasta la dación de la Ley Nº 4916, del 7 de febrero de 1924.

B. El despido: poder limitado

Una segunda etapa en la regulación del despido corresponde al desarrollo del Derecho del Trabajo, cuyos principios e instituciones características, inspiradas en la idea de la protección del trabajador como medio para equilibrar la desigualdad real subyacente en la relación trabajador-empleador, se proyectaron, necesariamente, sobre las figuras extintivas de la relación de trabajo, y, en particular, sobre el despido, con el objeto de proteger el empleo del trabajador, limitando, para ello, el poder extintivo del empleador(16).

Señala Van Der Laat(17) que esta evolución ha conocido tres etapas: la exigencia del preaviso antes de proceder al despido; el pago de indemnizaciones en caso de despido, así como la prohibición de despidos en determinados periodos; y, finalmente, la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en una causa que la justifique. Según el laboralista costarricense, esta última etapa corresponde a la institución de la estabilidad en el trabajo.

Refiriéndose a las primeras de esas manifestaciones limitativas del poder de despido del empleador –esto es, el preaviso y la indemnización por despido–,

(16) En este sentido, bien podría afirmarse que esta "segunda etapa" en la regulación del despido, viene a ser la fase primera o inicial de la misma a partir de la formación del Derecho Laboral, pues la etapa del despido libre o ad nútum, concebido como un poder absoluto del empleador, tiene sede normativa en los códigos civiles o de comercio, que precedieron a las leyes propiamente laborales y que, como es obvio, no solo encuadraron a las nacientes relaciones de trabajo bajo figuras contractuales típicas de dichas disciplinas, sino que, por su propia naturaleza, estaban desprovistos de una inspiración protectora hacia el trabajador.

(17) VAN DER LAAT, Bernardo. "La tutela del trabajador contra el despido ilegítimo en el Sector Privado en Centro América". En: *Principi per un Codice Tipo di Diritto del Lavoro en América Latina*. Congreso Internazionale, Roma, 1989, pp. 160-161.

Plá, citando una expresión de Martins Catharino, las denomina "limitaciones laborales impropias" y precisa que estas no niegan el derecho a despedir sino que, por el contrario, "parten del supuesto de que es un derecho patronal"[18]. Agrega, este mismo autor que "La eficacia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad: cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo. Si son elevadas, operan efectivamente como estímulo negativo. Se trata, pues, de una limitación elástica, en la que actúan frenos económicos y no jurídicos"[19].

Este modelo de protección, no obstante introducir limitaciones a la facultad extintiva del empleador, no hace posible el juicio de legitimidad del acto de despido, pues el empleador sigue gozando de una facultad *ad libitum* para despedir, bien que estando, ahora, obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o, a veces, a ambas cosas, de acuerdo a las opciones del legislador en cada ordenamiento laboral. Al no exigir al empleador que funde su decisión extintiva en un motivo o causa, el incumplimiento en que incurra este por no respetar tales límites, no afectará la validez ni la eficacia del despido, generando, únicamente, el derecho del trabajador a obtener la reparación correspondiente, eventualmente mediante un mandato judicial.

Se trata, en definitiva, como lo ha calificado la doctrina de un "despido pagado", no sujeto a requisitos de fondo en cuanto a la existencia de una causa como elemento legitimador del despido.

A esta etapa corresponde el régimen legal instaurado en el Perú con la Ley Nº 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928. Estas normas introdujeron en nuestro ordenamiento laboral las figuras del preaviso y de la indemnización por despido, como limitaciones iniciales al poder empresarial de despedir al trabajador[20].

---

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 173.

(19) Ibídem, p. 174.

(20) Como lo hemos señalado anteriormente (Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El derecho de estabilidad en el trabajo*. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 235) la compensación por tiempo de servicios nació como una suerte de indemnización por despido, pues su percepción estaba condicionada a que el trabajador fuera separado de su labor por el empleador, sin que hubiera incurrido en una falta grave. Al respecto, Pasco señala que "(...) la compensación por tiempo de servicios fue en su origen una indemnización por despido, habiendo evolucionado en el tiempo para convertirse en un premio a la antigüedad y a la permanencia" (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. 255).

C. El despido: poder excepcional

Señalan Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia que: "Ingrediente decisivo de esa tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo fue la restricción de la libertad empresarial de despido, mediante la exigencia de causa justa (...)"[21].

Plá, por su parte, comparando esta situación con la anterior, en que prevalecían las "limitaciones laborales impropias", las que a su juicio confirmaban el derecho del empleador para despedir, anota que: "La estabilidad, en cambio, parte del supuesto contrario, o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada"[22].

En tal virtud, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un "poder excepcional" en lugar de configurar un poder ordinario. Ello quiere decir que: "No existe dicha facultad salvo en determinadas circunstancias, más o menos excepcionales: el despido está –en principio– prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión"[23].

La "causa justa" viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a este en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica.

Ello significa que, producido el despido, el trabajador puede impugnar –generalmente en sede judicial– su legitimidad, y obtener un pronunciamiento judicial que declare inválido aquel acto patronal. Se establece así una diferencia sustancial con la figura del "despido pagado", en la que solo es posible exigir la compensación económica del despido.

La consideración del despido como un "poder excepcional", solo admisible en el supuesto de que el trabajador incumpla gravemente sus obligaciones, deriva del hecho de que como, con acierto, lo sostiene un sector de la doctrina el despido, cuando carece de aquel sustento, es un acto de violencia[24] porque, como lo

(21) VALVERDE, Martín. Et ál, Ob. cit., p. 534.

(22) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 174.

(23) ERMIDA, Oscar. "La estabilidad laboral en América Latina". En: *Boletín OIT INFORMA*. Año I, núm. 1, 1989, p. 6.

(24) ROMÁGNOLI, Umberto. En: BAYLÓS GRAU, Antonio, PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Trotta, Madrid, 2009, p. 14.

afirma Romagnoli, trastoca radicalmente la situación del trabajador convirtiéndolo en "(...) un moderno *capite deminutus* porque el despido priva a su destinatario no solo de su estatus de empleo, sino también su estatus de ciudadanía"[25]. En el mismo sentido Baylós Grau afirma que: "El despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado –el no trabajo– en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales"[26].

Este razonamiento se encuadra en la idea de que la ciudadanía, tanto social como política, es incompatible con la situación de precariedad de las personas, que las coloca al margen de la vida de la comunidad, es decir, en la exclusión social. En este sentido, el trabajo no solo es una fuente de sustento, personal y familiar, del trabajador sino un mecanismo social de inserción de este en la vida social, una condición necesaria para el ejercicio pleno de su ciudadanía. Por eso, el despido sin sustento o arbitrario (abusivo, injustificado, etc.) debe verse como "(...) un acto de violencia privada, un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura"[27].

Es importante señalar que la evolución de los ordenamientos estatales hacia el "despido causal" alcanzó reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT (Conv. 158 OIT) sobre "La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador" cuyo artículo 4 dispone que "no se pondrá término a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada". Al respecto se ha señalado, con absoluta nitidez, que: "La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización"[28].

Asimismo, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), prescribe en su artículo 7 que: los "(...) Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) **d) La estabilidad de los trabajadores en**

(25) Ibídem, p. 12.

(26) BAYLÓS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009, pp. 45-46.

(27) Ibídem, p. 49.

(28) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra el despido injustificado*. 82ª reunión, Informe III (parte 4B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 37.

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 en cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional"[29] (resaltado agregado).

En el Perú, la exigencia de que el despido se fundamente en una causa justa fue introducida por el Decreto Ley Nº 18471 que, como hemos visto, estableció un régimen de estabilidad en el trabajo. Con diversos cambios, retrocesos y perfeccionamientos legislativos, el sistema de estabilidad laboral se mantuvo a través del Decreto Ley Nº 22126, la Ley Nº 24514 (LET), el Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo y la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral[30].

Es relevante señalar que la Constitución de 1979 elevó a la categoría de derecho fundamental la estabilidad en el trabajo, pero al derogarse la Constitución de 1979 –por el Congreso Constituyente elegido tras la ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992–, la Constitución de 1993, suprimió toda referencia a la estabilidad en el trabajo limitándose a señalar, en el artículo 27, que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

2. El principio de continuidad

Este principio lo define Américo Plá como "(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos"[31]. Este principio, según sostiene, implica, entre otros alcances, la preferencia por los contratos de duración indefinida y la resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal[32].

A. Con relación a la protección contra el despido

Entre todas estas aplicaciones concretas del principio de continuidad Plá destaca una: "(...) la resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad. La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida la

(29) Este protocolo ha sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26448, del 28 de abril de 1995, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de mayo del mismo año.

(30) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

(31) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit, p. 154.

(32) Ibídem, p. 157.

convicción de que la relación de trabajo solo se debe poder disolver válidamente cuando existe algún motivo justificado"[33].

Para el maestro uruguayo, la estabilidad se basa o fundamenta en el principio de continuidad, pero no se confunde ni identifica con este, del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella "resistencia" a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, en qué consiste uno de los aspectos de aquel principio.

En la continuidad de la empresa, como operación económica y sus efectos sobre el trabajo, encuentra Ramírez Bosco el fundamento de la estabilidad: "La posibilidad que esta continuidad abre al trabajador es la de "permanencia" (indeterminada): la mayor parte de los trabajadores pueden razonablemente tener una expectativa de permanencia en su puesto de trabajo"[34]. Agrega el laboralista argentino: "Cuando el derecho positivo da protección a tal expectativa aparece el derecho a la estabilidad. La estabilidad es la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada (Barassi) o, reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia (De la Fuente)"[35].

La naturaleza indeterminada en el tiempo que tiene la moderna actividad empresarial es la que genera en el trabajador la legítima aspiración a permanecer a su servicio, mientras no surjan razones objetivas para terminar su vínculo con ella. El hecho de que en la inmensa mayoría de los casos el trabajador brinde su fuerza de trabajo a organizaciones económicas, que desarrollan una o varias actividades y buscan constantemente su afianzamiento y expansión, genera en él la expectativa a que se refiere Ramírez Bosco, no por un mero sentimiento afectivo, sino ante todo por las perspectivas de mejoramiento económico y progreso profesional que la antigüedad y la experiencia, que solo se logran con la permanencia en la empresa, puedan permitirle.

A juicio de Ramírez Bosco el derecho a la estabilidad tiene como base la continuidad empresarial y la colocación indeterminada del trabajador en dicha estructura, pues "sin estos datos no hay permanencia cuya expectativa se pueda proteger ni, por lo tanto, lógica para la estabilidad"[36].

(33) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 172.

(34) RAMÍREZ BOSCO, Luís. *Manual del despido*. 2ª ed., Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1986, p. 17.

(35) Ibídem, p. 19.

(36) Ibídem, p. 20.

B. Con relación a la estabilidad "de entrada"

Las anteriores reflexiones llevan a vincular, de manera muy estrecha, la estabilidad laboral, entendida como protección específica frente al despido, con otra de las concretas manifestaciones del principio de continuidad: su preferencia por los contratos de duración indefinida. Ello nos lleva a la cuestión de la denominada "estabilidad de entrada".

En efecto, el Convenio 158 de la OIT expresa textualmente en el numeral 3 del artículo 2 que "Se deberán preveer garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio".

A su vez, la Recomendación 166 de la OIT, sobre esta misma materia, precisa que una de las garantías que pueden adoptarse por las legislaciones nacionales es la de "(...) limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada" [I.3.2) a)].

Según las citadas normas y recomendaciones, la duración indeterminada de la relación de trabajo constituye la regla general, acorde con la naturaleza permanente de la actividad de la empresa, en tanto que la duración determinada de dicha relación sería una excepción únicamente admisible por la naturaleza temporal de ciertas actividades o de ciertas prestaciones de servicio.

Por ello, De la Cueva afirma que: "La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería de mera ilusión"[37].

En este sentido, la discrecionalidad del empleador para fijar la duración de la relación de trabajo puede convertirse en un mecanismo para burlar el derecho del trabajador a conservar la relación de trabajo en tanto subsista la actividad de la empresa y no exista una causa que haga imposible la continuidad de aquella. Por ello, sostiene De la Cueva: "(...) la estabilidad en el trabajo sería una mentira si pudieran establecerse libremente periodos de duración de las relaciones de

(37) DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 8ª ed., Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México, 1978, p. 755.

trabajo más o menos cortos, transcurridos los cuales quedaría disuelta la relación y separado el trabajador de la empresa"[38]. Y, precisando más la idea agrega: "Por lo tanto, si la actividad de la empresa continúa, lo que quiere decir que persiste la materia del trabajo (...) la relación no puede ser disuelta por un acto unilateral de voluntad del empresario"[39].

Concepción similar sostiene Plá al señalar como razón de fondo para explicar la preferencia del Derecho del Trabajo por los contratos de duración indefinida: "(...) la convicción cada vez más arraigada y generalizada, de que debe ser la duración real del trabajo y no la voluntad de las partes, la determinante de la extensión en el tiempo del contrato"[40].

La estabilidad para De Buen es el derecho a conservar el trabajo hasta su terminación "natural": la causa justificada en los contratos de duración indefinida y el tiempo o la obra ejecutada según la naturaleza de la labor, en los contratos de duración determinada. Con sentido gráfico, el autor mexicano acota que "(...) puede expresarse la misma idea señalando que el patrón, por regla general, no puede dar por terminada la relación laboral caprichosamente"[41].

La ineficacia de las normas de protección contra el despido injustificado en un sistema que dejase a criterio de las partes la decisión sobre la duración de la relación laboral es puesta de manifiesto por la doctrina española al sostener que: "La duración indefinida tendría escasa relevancia si cada una de las partes pudiera desistir del contrato en cualquier momento y de forma libre, sin necesidad de causa justa"[42].

Entre nosotros, Sanguinetti se ha pronunciado a favor de una concepción de la estabilidad laboral que englobe los dos aspectos ya mencionados. A propósito señala que: "Un derecho de estabilidad en el trabajo que conjugue las indicadas características (protección del trabajador frente al despido sin causa y libertad para fijar la duración del contrato) no sería tal, puesto que aquello que se quiere evitar limitando al despido (la arbitrariedad del empleador) sería posible accediendo a la contratación temporal"[43].

(38) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I, 5ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1978, p. 222.

(39) Ibídem, p. 223.

(40) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 159.

(41) DE BUEN, Nestor. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, 4ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1981, p. 159.

(42) MARTIN VALVERDE. Et ál, Ob. cit., p. 385.

(43) SANGUINETTI RAYMOND. *El derecho* ... Ob. cit., p. 89.

En suma, podemos afirmar que la estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presupone, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido *ad nutum* si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar.

La estabilidad-derecho encuentra, de este modo, su propio ámbito de actuación en el marco de las relaciones de trabajo de duración indefinida, configurándose, bajo su aspecto más concreto y práctico, según la gráfica expresión que utiliza Plá, en una verdadera resistencia, jurídicamente amparada, a la rescisión unilateral de dichas relaciones por voluntad del empleador.

3. Garantía de los derechos colectivos

La estabilidad laboral al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio de sus derechos colectivos y libertades sindicales. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguinetti quien aludiendo a la estabilidad laboral señala que: "Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo"(44).

Esta perspectiva es tan válida y real que en muchas legislaciones en que no existe un régimen de estabilidad laboral, se han adoptado, sin embargo, medidas de protección especiales contra el despido arbitrario de los dirigentes sindicales y, en general, de quienes cumplen, según los sistemas de organización sindical, funciones de representación de los trabajadores, configurándose el denominado "fuero sindical" que Ermida(45) cataloga como una "estabilidad absoluta transitoria", en cuanto la protección alcanza al dirigente sindical, por lo general, desde su postulación al cargo hasta cierto tiempo posterior a su cese en el mismo(46).

(44) SANGUINETTI RAYMOND. *El derecho* ... Ob. cit., p. 89.

(45) ERMIDA. Ob. cit., p. 7.

(46) Así, por ejemplo, la ley española que atribuye al empleador la facultad de optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización cuando el despido es declarado improcedente establece que: "Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción

La protección de la libertad sindical y los derechos colectivos laborales no debe circunscribirse, empero, tan solo a los trabajadores que desempeñan funciones de dirigencia sindical, sino a la totalidad de los trabajadores, en la medida en que aquellas libertades y derechos les son reconocidos sin excepción.

La realidad de muchas naciones, especialmente aquellas en que está menos desarrollado el movimiento sindical y es mayor el desempleo, y por consiguiente el temor ante la desocupación, indica que los trabajadores carentes del derecho a estabilidad laboral son más renuentes a ejercer sus derechos colectivos que aquellos que gozan de dicha protección, porque temen la represalia del empleador expresada en el despido del trabajador. En el caso del Perú, esta situación se puede advertir en el ámbito de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo de duración determinada. Pasco(47) en un estudio sobre el trabajo eventual en nuestro medio recoge la siguiente afirmación de Galin: "Los trabajadores eventuales por turnos revelan una alta rotación en el trabajo y cuentan con una desprotección adicional: por lo general no están sindicalizados". "De acuerdo a la información proporcionada por las organizaciones de trabajadores, los empresarios utilizan prácticas de discriminación antisindical para evitar la afiliación de los eventuales, amenazando con el despido a quienes se sindicalicen, o, incluso en algunos casos, sancionando todo contacto de los eventuales con dirigentes sindicales".

Pasco agrega que: "(...) probablemente el trabajador eventual que pretenda sindicalizarse habrá de reprimir sus intenciones pues tendrá frente a sí a un empleador presto a sustituirlo por un servidor que demuestre mayor docilidad"(48). No menos concluyente es su opinión acerca de la participación del trabajador eventual en una huelga: "(...) en la práctica, el trabajador eventual que se sumara voluntariamente a una huelga correría el evidente riesgo de ser despedido al

---

corresponderá siempre a este (...). Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada" (E.T. art. 56.4.). En el caso de Panamá, el Código de Trabajo señala: "El trabajador amparado por el fuero sindical no podrá ser despedido sin previa autorización de los tribunales de trabajo, fundada en una causa justa prevista en la ley" (art. 383.). Esta norma que corresponde a la figura del "despido-propuesta", en la cual el empleador solo puede despedir previa autorización judicial, también está consagrada, a favor de los representantes sindicales, por el artículo 321 del Código de Trabajo del PARAGUAY, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia y el artículo 174 del Código de Trabajo de CHILE. Estas normas se inspiran, sin duda, en el artículo 1 del Convenio OIT 135 que señala: "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores (...)" (Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, aprobado por la 56ª Conferencia de la OIT, 2-23 de junio de 1971).

(47) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo eventual: Una perspectiva jurídica". En: VV.AA. *El trabajo eventual*. Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1985, p. 82.

(48) Ídem.

término de esta. Derecho de huelga, entonces, solo existe en el papel, no en la vida real"[49].

La finalidad que se persigue al impedir al trabajador ejercer sus derechos colectivos no es otra que debilitar la fuerza de negociación y defensa que adquieren los trabajadores en virtud de su unidad y acción conjunta, que al permitirles equiparar el poder del empleador constituye, en última instancia, la mayor garantía de sus derechos individuales. De la Cueva[50] ha destacado, precisamente, que la finalidad del derecho colectivo es asegurar la vigencia del derecho individual del trabajo. Por consiguiente, todo aquello que de una u otra manera afecte los derechos colectivos laborales, se traduce, en definitiva, en una afectación de los derechos individuales ya sea como merma de la posibilidad de mejorarlos o como indefensión ante su violación o desconocimiento.

La estabilidad laboral, al alejar el peligro de la pérdida del empleo o causa del ejercicio de los derechos colectivos, fortalece la capacidad de organización y el ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores y, mediante ello, contribuye a garantizar el goce y mejoramiento de los derechos y beneficios individuales[51].

Lo ocurrido en el Perú, tras la abolición de la estabilidad laboral absoluta confirma las afirmaciones precedentes: entre 1990 y el año 2000 la tasa de afiliación sindical, en Lima Metropolitana, paso del 21.9 % al 2.8 %, es decir que se redujo casi 7 veces[52]. Un dato ilustrativo es que en los años 1995, 1996 y 1997 el número de sindicatos cancelados dobló el número de nuevos sindicatos registrados[53].

No pretendemos establecer disyunción alguna, ni tampoco jerarquización, entre los diversos fundamentos que asignamos al derecho de estabilidad laboral. De alguna manera, con mayor o menor énfasis en algunos aspectos o contenidos del Derecho Laboral, se trata de perspectivas complementarias y concurrentes,

(49) PASCO COSMÓPOLIS. Ob. cit., p. 83.

(50) DE LA CUEVA. *Derecho mexicano* ... Ob. cit., p. 265.

(51) Por el contrario, "(...) la inestabilidad laboral es el principal enemigo de la organización sindical de los trabajadores y, por lo mismo, les hace perder la fuerza de su unidad. Con ello los trabajadores se enfrentan, inermes, a las exigencias patronales reproduciéndose las condiciones de explotación que han primado siempre que el sindicalismo es débil o, de plano, no es" (DE BUEN, Néstor. "La flexibilidad en el Derecho del Trabajo". En: *Modernidad y legislación laboral*. Casa abierta al tiempo y Friedrich Ebert Stiftung, México, 1990, p. 95).

(52) Fuente: MTPE, Gabinete de Asesores.

(53) Vide VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado". En: *Derecho.* Nº 71, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2013, p. 324.

que no hacen sino demostrar que la estabilidad en el trabajo encuentra en el Derecho del Trabajo sus propios fundamentos jurídicos y deviene plenamente coherente con sus principios e instituciones básicas.

III. EL MODELO DE "MÍNIMA PROTECCIÓN": ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL

1. La transición al modelo de "mínima protección": la Ley de Fomento del Empleo

Obedeciendo a los "vientos neoliberales y flexibilizadores" a que, por entonces, se refirió Plá[54], el Decreto Legislativo Nº 728 o Ley de Fomento del Empleo (LFE), vigente desde diciembre de 1991, marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de "mínima protección" ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta[55].

Cabe señalar, en primer término, que al entrar en vigencia la LFE quedó configurado un régimen dual de estabilidad laboral, pues los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando bajo las normas de la LET continuaron regidos por esta en aquellas materias atinentes a la imputación de faltas graves, el derecho a la reposición y la tarifa indemnizatoria, en virtud del mandato expreso contenido en su Segunda Disposición Transitoria y Final[56]. La nueva normativa solo se aplicaría íntegramente a los trabajadores que celebraran contrato de trabajo a partir del inicio de su vigencia y de forma parcial a los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando, respecto de algunas materias –no poco relevantes– como las causas de despido vinculadas a la capacidad del trabajador,

(54) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Prólogo en "El derecho de estabilidad en el trabajo" de Carlos Blancas Bustamante. Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 11.

(55) La LFE, dictada todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en virtud de la delegación de facultades legislativas efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción del "acceso masivo al trabajo", pero sujeta a la directiva expresa de respetar "las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores", no llegó, por ello, a plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo.

(56) Neves Mujica considera que esta disposición representa un caso de aplicación del principio de "condición más beneficiosa" "inclusive respecto de derechos que difícilmente pueden considerarse adquiridos". (*Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 149).

el cese colectivo o el regreso a la disyunción procesal *ab initio* entre acción de reposición y acción indemnizatoria.

En el nuevo marco normativo, instituido por la LFE, destacan los rasgos[57] que se exponen a continuación.

A) Protección contra el despido arbitrario

1. Se restringe el sentido del concepto del "despido", –consagrado en la LET, y las normas precedentes, en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador– al limitarlo al despido individual relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador, excluyendo el denominado –por la LFE– "cese colectivo por causas objetivas", enumerado como una causa de extinción del contrato de trabajo distinta del despido. (LFE, art. 49).

2. El periodo de prueba puede ampliarse, por acuerdo entre el empleador y el trabajador (entiéndase mejor, postulante) hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta 1 año si el cargo es de dirección o de confianza. En tal caso, obviamente, se posterga el momento para que el trabajador alcance la estabilidad.

3. Se incluye como nuevas causas de despido, recogiendo la orientación del Convenio 158 de la OIT, aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.

4. La eficacia reparadora propia de la estabilidad laboral, esto es, la reposición del trabajador, experimentó una importante devaluación en cuanto se facultó al juez para sustituir dicha medida por el pago de la indemnización cuando la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias (LFE, art. 72).

   La cuantía de la indemnización por despido también se devaluó en comparación con la prevista por la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional[58].

(57) Vide al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Fomento del Empleo y Estabilidad Laboral I, II y III Parte". En: *Asesoría Laboral*. Nºs 13, 14 y 15, Lima, 1992, .

(58) Vid, sobre el particular el cuadro comparativo de la indemnización por despido en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo". En: *Derecho*.

5. Introdujo la figura del despido "nulo", reservando esta calificación para todo aquel que obedeciera a alguno de los "motivos prohibidos" enumerados taxativamente por la LFE, los cuales, a su vez, son reproducidos *mutatis mutandi* del artículo 5 del Convenio 158 OIT, y guardan relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de sus derechos frente a actos lesivos del empleador, la discriminación por motivo de raza, sexo, religión, opinión o idioma, así como el embarazo de la madre trabajadora. Tales motivos son recusados por el ordenamiento jurídico "(...) por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano"(59). La declaración de nulidad del despido apareja, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador (LFE, art. 71), sin que el juez tenga la facultad de sustituirla por la indemnización.

6. En cuanto a la impugnación del despido, restableció, aunque en sede judicial, el esquema plural y excluyente de acciones impugnatorias, al obligar al trabajador despedido a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización, a las cuales debe agregarse la de nulidad del despido, único supuesto en el cual de ampararse la pretensión del demandante, la reposición sería efectiva. Suprimió, además la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de "inobservancia de las formalidades esenciales del despido" (LFE, art. 77).

7. Amplió las causas "objetivas" del cese colectivo agregando a los motivos económicos y tecnológicos, los "estructurales y análogos", así como la "disolución y liquidación de la empresa y la quiebra" y "las necesidades de funcionamiento de la empresa"(60), enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 86 de la LFE.

Nº 49, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 199.

(59) Vide BLANCAS BUSTAMANTE. *El despido en la reforma ...* Ob. cit., p. 201.

(60) Sobre el particular, Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Las necesidades de funcionamiento como causa de cese colectivo". En: *Asesoría Laboral*. Lima, junio de 1993, pp. 7-9. Posteriormente, la Ley Nº 26513, del 27 de julio de 1995, suprimió esta causa, que había sido intensamente cuestionada durante su vigencia.

B) Contratación e intermediación

En esta materia, la nueva normativa introdujo cambios profundos, respecto al régimen de contratación laboral e intermediación.

1. Alteró significativamente las normas sobre la estabilidad laboral "de entrada", derogando el D.L. Nº 18138 y regulando los llamados "contratos sujetos a modalidad", rubro bajo el cual comprendió nueve (9) modalidades contractuales, agrupadas en tres categorías: i) Contratos de Naturaleza Temporal, ii) Contratos de Naturaleza Accidental y iii) Contratos de Obra o Servicio. Esta constelación de contratos de duración determinada está sujeta a diversos plazos máximos pero se establece que en caso de utilización sucesiva de varias modalidades el plazo máximo es de cinco (5) años. Se reconoce la "estabilidad laboral" durante el plazo de vigencia del contrato otorgando al trabajador, en caso de resolución arbitraria del contrato, una indemnización.

   De esta manera no solo casi se quintuplicó el número de modalidades contractuales de duración determinada, sino que, asimismo, se decuplicó la duración del plazo máximo de esta clase de contratos, todo lo cual representa el debilitamiento de la estabilidad de "entrada" al ampliar, más allá de lo razonable, la facultad del empleador para decidir la duración del contrato de trabajo.

2. Abrió la puerta a la intermediación laboral, al regular a las Empresas de Servicios Temporales, las cuales podían prestar servicios, con personal destacado a la empresa usuaria, no solo para cubrir un puesto transitoriamente vacante (suplencia) sino, también, para cubrir puestos no permanentes creados por la usuaria en los mismos supuestos en que procedía la contratación sujeta a modalidad. Huelga decir que con esta medida, se asestó un duro golpe a la estabilidad de entrada y, consiguientemente, a la de salida.

2. La Constitución de 1993 y leyes posteriores

A) Protección contra el despido

El modelo flexibilizador establecido por la versión inicial del Decreto Legislativo Nº 728, conocido como "Ley de Fomento del Empleo" se consolidó y profundizó, en su sentido más desprotector, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, que no reconoció el derecho a la estabilidad el trabajo y, en reemplazo

de este, consagró en el artículo 27 una fórmula sustitutoria según la cual "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Ya dentro de este marco constitucional, se aprobó la Ley Nº 26513, que puso fin a la dualidad de regímenes existentes bajo la LFE y suprimió la facultad del juez de otorgar la reposición o la indemnización en caso de despido arbitrario, estableciendo como única reparación para este la indemnización.

La única excepción a la eliminación de la reposición como medida reparadora del despido arbitrario, la constituye el despido nulo, figura esta en la que el despido se sustenta en motivos prohibidos en razón de que estos conllevan la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, supuesto en el cual el juez debe ordenar la reposición del trabajador, salvo que, en ejecución de sentencia, este opte por la indemnización por despido. Sin embargo, a diferencia del modelo español, –en el cual se inspira– la ley peruana, ha recogido una versión mutilada de aquella pues la nulidad del despido solo procede ante la lesión de un número restringido de derechos fundamentales, a saber, la libertad sindical, la interdicción de la discriminación y la tutela jurisdiccional efectiva, y no, como en España, en caso de vulneración de cualquier derecho fundamental.

Al haberse derogado la reposición como medida reparadora del despido, la introducción de la figura del despido nulo fue necesaria para impedir la realización de despidos lesivos de aquellos derechos fundamentales.

B) Contratación temporal e indirecta

Sin embargo, además de eliminar, salvo el caso del despido nulo, la reposición como medida reparadora del despido arbitrario, una sucesión de leyes y normas de rango inferior han continuado erosionando la protección del trabajador frente al despido por la vía de favorecer tanto la contratación temporal cuanto la contratación indirecta reduciendo significativamente el ámbito de la estabilidad laboral. Presentamos a continuación el panorama actual.

1. El fomento de la contratación temporal

Como antes lo hemos señalado, el Decreto Legislativo Nº 728 flexibilizó en exceso las normas referidas a la contratación temporal ampliando a nueve los supuestos de hecho en los que esta procede, la mayoría de de los cuales no obedecen al criterio de que este clase de contratación solo es admisible en función a la naturaleza temporal o accidental de la labor que debe ejecutar el trabajador y no al interés subjetivo del empleador. Adicionalmente, se ha mantenido vigente el Decreto Ley Nº 22342 referido al régimen de contratación de las empresas exportadoras de productos no tradicionales, la cual permite la celebración sucesiva

de contratos eventuales sin límite máximo de duración. Esta norma ha cumplido ya 36 años de vigencia, siendo muchos los trabajadores de estas empresas que han prestado servicios durante décadas sin haber alcanzado aún la estabilidad laboral.

La intención subrepticia de esta norma ha sido la de fomentar la contratación temporal, en desmedro de la contratación de duración indeterminada, como un mecanismo para debilitar la estabilidad de "salida" del trabajador y, por el contrario, fortalecer el poder del empleador en la gestión de la mano de obra.

A no dudarlo, este objetivo parece haberse cumplido. En efecto a fines del 2013 solo el 28.7 % de los trabajadores asalariados se encontraban sujetos a contratos de duración indeterminada, mientras que el 43.6 % laboran bajo contratos de duración determinada(61). Si se considera únicamente, al conjunto de los trabajadores sujetos a contrato de trabajo (en planilla), los contratados a plazo determinado o fijo representan el 72.5 % y los sujetos a contratos de duración indeterminada alcanza al 27.5 %(62), lo que significa que de cada cuatro contratos de trabajo celebrados, tres son los sujetos a modalidad y uno es de duración indeterminada.

También es significativo que entre los contratos de duración determinada o sujetos a modalidad, la modalidad que registra el mayor número de trabajadores es la de "Inicio o incremento de actividad" que representa el 40 % del total de aquellos; modalidad cuyo diseño normativo no obedece, en modo alguno, al principio de causalidad –basado en la naturaleza temporal o accidental de la labor– que debe regir la contratación temporal, pues como lo señala Sanguinetti, en juicio que compartimos, "(...) este contrato se convierte en una peligrosa vía para la elusión de todo régimen de contratación causal diseñado por la ley. Y es que, llevada hasta sus últimas consecuencias, la definición que se aporta es capaz de permitir que prácticamente todo nuevo puesto de trabajo que se cree, al estar vinculado en línea de principio a un incremento de las actividades de la empresa, pueda ser cubierto por personal temporal"(63).

Respecto a los efectos de este proceso de fomento, –indebido– de la contratación temporal, el recordado jurista Mario Pasco Cosmópolis ha sostenido que "(...) la contratación modal no ha estimulado la creación de nuevos puestos

(61) Fuente: Anuario Estadístico 2013 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Elaboración: Propia.

(62) Vide VILLAVICENCIO RÍOS. Ob. cit., p. 325.

(63) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 32.

de trabajo. Solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos"[64].

2. Contratación indirecta

El desarrollo de la "contratación indirecta", en virtud de la cual quienes prestan servicios reales a un determinado empleador son trabajadores suministrados por una empresa intermediaria, o de servicios o tercerizadora, es otra modalidad bajo la cual se puede evitar que los trabajadores adquieran el derecho a la estabilidad laboral.

Después de haberse desarrollado, en un primer momento, a través de las empresas de servicios temporales (intermediación) y de servicios complementarios, y luego de que la actividad de estas fuera regulada estrictamente mediante la Ley Nº 27626, hoy en día la forma principal de contratación indirecta tiene lugar mediante la figura de la tercerización, regulada por la Ley Nº 29245 y el Decreto Legislativo Nº 1038.

Estas normas regulan la tercerización en una serie de supuestos: i) contratos de gerencia, ii) contratos de obra, iii) procesos de tercerización externa y iv) contratos cuyo objeto es que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Esta última modalidad es aquella a través de la cual la "contratación indirecta" se hace más evidente, porque puede comprender, incluso, partes de la actividad principal de la empresa usuaria y se realiza con personal destacado por la empresa tercerizadora.

Por ello, en la ley peruana la figura del *outsourcing* (o "tercerización externa") –que se inserta en el proceso de la descentralización productiva– ha cedido el paso a la del *insourcing*, ("tercerización interna") la cual se basa en el destaque de trabajadores de la empresa tercerizadora a la principal o usuaria para el desarrollo de labores permanentes, pertenecientes a la actividad principal de esta. El *insourcing*, cuando alcanza a la actividad principal (*core business*) de la usuaria constituye una clara violación del principio de la contratación directa y un caso de prestamismo laboral contrario a la dignidad del trabajador y, asimismo, opuesto a la idea central del *outsourcing*[65]. A pesar de que las normas legales regulan

(64) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los contratos temporales: exposición y crítica". En: *Derecho*. Nº 68, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 508.

(65) Ben Schneider conceptualiza en la forma siguiente el *outsourcing*: "(...) se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a sus actividades distintivas, para las cuales contratará a un proveedor de servicios especializado y eficiente que, a la larga, se convertirá

acerca de la desnaturalización de estas actividades y prohíben la simple provisión de personal, –exigiendo que la empresa tercerizadora cuente con capitales y recursos propios y que los trabajadores se encuentren subordinados a esta y no a la usuaria– el hecho de permitir que se pueda tercerizar la actividad principal de las empresas, constituye un claro supuesto de intermediación laboral encubierta o solapada, cuyo objeto real es liberar a la principal de responsabilidades frente a aquellos trabajadores que realmente le prestan servicios. La trasgresión a los principios del Derecho del Trabajo es aún mayor si se considera que las empresas tercerizadoras, abusan, en muchos casos, de la contratación temporal de sus trabajadores, bajo el argumento de que sus servicios a la usuaria no son permanentes lo cual, frecuentemente, es desmentido por la realidad ante la larga duración de estos servicios.

Desde esta perspectiva resulta innegable que el desarrollo de la tercerización, especialmente en su modalidad de destaque de trabajadores para laborar dentro de la empresa principal –esto, es *insourcing*– representa un claro intento de excluir de la estabilidad laboral a vastos sectores de trabajadores y fomentar la precariedad laboral.

En un sentido abiertamente contrario al elegido por la ley peruana, la Constitución del Ecuador establece que: "La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa", y, asimismo prohíbe "(...) toda forma de precarización como la intermediación laboral y la tercerizaciòn en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora (...)".

3. Los regímenes especiales y excepcionales

Otro mecanismo que se ha puesto en marcha para devaluar la estabilidad laboral y flexibilizar el derecho laboral, consiste en la creación de regímenes de excepción que simplemente la ignoran o reducen la protección del trabajador frente al despido a un nivel incompatible con la exigencia constitucional de que esa protección sea "adecuada".

a) Régimen de la micro empresa y pequeña empresa

Las micro y pequeñas empresas han sido dotadas, en tiempos recientes, a través de sucesivas normas de un régimen laboral de excepción con el argumento de que la reducción de costos y exigencias laborales a este segmento de unidades productivas permitirá

en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*". (SCHENEIDER, Ben. *Outsourcing. Compartiendo el conocimiento.* Editorial Apoyo, Lima, 2002, p. 32).

su formalización y la generación de empleo. Hay que puntualizar que no se trata de un régimen laboral especial, por cuanto este se justifica en razón a la naturaleza y características singulares de la labor a prestar, mientras que el régimen establecido para la micro y pequeña empresa está basado en el tamaño de la empresa, medido en cantidad de trabajadores y nivel anual de ventas. Se trata, por consiguiente, de un régimen de excepción que al no estar basado en la existencia de diferencias objetivas en el trabajo, linda con la discriminación.

En el régimen de la microempresa, regulado por el Decreto Legislativo Nº 1086, la indemnización por el despido "injustificado" se ha reducido, respecto del régimen general, a solo diez (10) remuneraciones diarias por año completo de servicios con un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

En el caso de la pequeña empresa la indemnización se ha fijado en veinte (20) remuneraciones diarios por año de servicios con un máximo de ciento veinte (120) remuneraciones diarias. Cabe anotar que la calificación de pequeña empresa supone tener hasta cien (100) trabajadores y no exceder de un nivel de ventas anual equivalente a 1,700 UIT, lo que representa el doble de los criterios señalados por la Ley Nº 28015 que era de 50 trabajadores y 850 IUT, respectivamente.

Resulta difícil hablar de estabilidad laboral e, incluso, de "protección adecuada contra el despido arbitrario" con un nivel de reparación del despido tan reducido que carece por completo del efecto disuasorio que suele atribuirse a la indemnización cuando este alcanza montos mayores. No debemos olvidar que el artículo 27 de la Constitución exige "protección adecuada" frente al despido y no cualquier protección –aparente o insuficiente–, de modo que solo una medida que sea capaz de servir de freno a un despido arbitrario puede ser considerada como adecuada.

b) Regímenes de promoción del sector agrario y acuicultura

Con la misma perspectiva, el régimen especial de promoción del sector agrario, regulado por la Ley Nº 27360, establece que la indemnización por el despido arbitrario es de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios con un máximo de

ciento ochenta (180) remuneraciones diarias. Sin embargo, el D. Leg. Nº 1086 ha establecido que en el caso de microempresas agrarias, se aplican las normas del régimen de la microempresa, que antes hemos reseñado.

Las normas de la Ley Nº 27630 son, asimismo, aplicables a los productores acuícolas, conforme lo establece la Ley Nº 27460.

IV. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El debilitamiento de la protección contra el despido, producido al abolirse el sistema de estabilidad laboral absoluta vigente hasta 1995, ha sido reequilibrado, al menos parcialmente, al haberse incorporado, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la perspectiva constitucional para el examen del despido. A partir de este enfoque, dicha jurisprudencia ha ampliado el ámbito de protección contra del despido en caso de que este vulnere derechos fundamentales, haciendo extensiva dicha protección a cualquiera de estos derechos y no solo a los enumerados taxativamente, con criterio restrictivo, en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

La perspectiva constitucional en el examen del despido encuentra fundamentos en el fenómeno conocido como "constitucionalización del derecho", en virtud del cual se concibe a la Constitución como una verdadera norma jurídica, erigida, por lo tanto, en el "orden jurídico fundamental de la comunidad" y no solo en el "orden jurídico fundamental del Estado", según lo sostiene Hesse(66). En tal virtud, la Constitución está dotada de fuerza normativa y se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico, como fundamento de este: "(...) también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver en forma directa con la formación política de unidad y la acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del Derecho Penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones laborales o sociales"(67).

(66) HESSE, Conrado. "Constitución y Derecho Constitucional". En: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, p. 5.

(67) Ídem.

En el marco de esta nueva concepción acerca de la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico, nuestra Constitución incorpora en su catálogo de derechos fundamentales importantes derechos relacionados al trabajo y, de forma especial, el "derecho al trabajo", como expresión del proceso que se conoce como "constitucionalización del Derecho del Trabajo", iniciado con las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, el cual tuvo una clara recepción en nuestra Constitución de 1979 y antecedentes en las de 1920 y 1933(68).

1. El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el criterio de que el despido que vulnera derechos fundamentales es inválido. Así señala que "(...) la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad"(69).

En esa sentencia, el TC asume implícitamente una acepción amplia del "derecho al trabajo" al indicar que este implica "la conservación de un puesto de trabajo". Esta es explicitada en la sentencia del 11/07/2002, en la cual se señala que el derecho al trabajo "(...) implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa"(70). Agrega, la sentencia que: "El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa".

Dicha operación hermenéutica abarca también, el artículo 27 de la ley fundamental, que consagra la "protección adecuada contra el despido arbitrario", ante la innegable vinculación, y potencial colisión, entre ambas disposiciones. Interpretando conjuntamente ambas normas, el TC concluye que si bien el referido precepto no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, concediendo, por

(68) Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2011.

(69) STC Exp. Nº 1112-98-AA/TC-Lima, César Antonio Cossio y Otros con Telefónica del Perú S.A. del 21 de enero de 1999. En el mismo sentido, vide STC Exp. Nº 795-98-AA/TC-La Libertad, Miguel Ángel Sánchez Miranda del 6 de noviembre de 1998 y STC Exp. Nº 673-99-AA/TC-Trujillo, Miguel Chacón Gonzáles del 30 de setiembre de 1999.

(70) STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC.

lo tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero "(...) no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador"[71].

En otras palabras, no puede interpretarse el artículo 27 prescindiendo del artículo 22 que reconoce el derecho al trabajo, y en función de tal omisión subsumir en la categoría "despido arbitrario" cualquier clase de despido, incluyendo aquel que lesiona derechos fundamentales, dejando por consiguiente la cuestión relativa a la reparación del mismo a lo que establezca de la ley ordinaria que, como se ha visto, puede elegir entre una u otra clase de tutela reparadora. Este razonamiento, llevaría a erigir el artículo 27 en la única norma constitucional rectora en materia de despido, vaciando de contenido el artículo 22, que quedaría reducido a su tradicional contenido programático, de eficacia diferida. Además, supondría excluir del ámbito de la jurisdicción constitucional la lesión de derechos fundamentales acaecida en el despido, al reconducir, en exclusiva, la impugnación y revisión del despido al cauce procesal laboral, con el efecto de privar a los sujetos afectados por el despido de la tutela restitutoria de sus derechos, que es inherente a los procesos constitucionales de garantía.

Por el contrario, la interpretación coordinada de ambas normas, lleva a concluir que cuando el artículo 27 alude al despido arbitrario, este concepto no es excluyente y, por ello, no comprende todos los supuestos del despido, sino tan solo aquellos en que la causa justa alegada no se configura legalmente o no puede probarse, es decir, aquella clase de despidos antes los cuales suele plantearse, como medida reparadora, la reposición o la indemnización. Tal sería, por consiguiente, el ámbito de actuación del legislador, pues "(...) este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional"[72].

Tal núcleo duro, –del derecho al trabajo–, reside, precisamente, en "el segundo aspecto del derecho (...). Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa"[73]. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad ad nútum del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene

(71) Sentencia del 11 de julio de 2002, Exp. Nº 1124-2001-AA/TC.

(72) Ídem.

(73) Ídem.

en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional.

Aspecto importante de esta sentencia es que el despido impugnado fue un despido "legal" en cuanto se produjo por aplicación de una norma legal que expresamente habilitaba al empleador a despedir sin expresión de causa, pagando al trabajador una indemnización. Por lo tanto, en este caso, el TC no solo analizó un despido arbitrario, carente de causa, sino que se vio obligado a dilucidar, por la vía del control difuso de constitucionalidad, la cuestión relativa a la compatibilidad de esta norma con la Constitución.

Al respecto, el TC señala que: "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 del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido, salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional".

Mediante este razonamiento, el TC introduce una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no vulnera derechos fundamentales, aún cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada. A este despido –fundado en causa no demostrada– le son aplicables las categorías propias de un régimen de estabilidad laboral, absoluta o relativa, según que se prevea la reposición o la indemnización como reparación del despido injustificado; en cambio, si la causa ni siquiera es alegada la cuestión pertenece al ámbito constitucional porque importa la lesión del derecho al trabajo.

Esta doctrina, ha sido reiterada en la sentencia del 13 de marzo de 2003[(74)], la cual precisa que la tutela restitutoria, es decir, la reposición del trabajador procede, entre otros supuestos, en caso de "despido incausado", señalando que "(…) la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos".

(74) Expediente Nº 976-2001-AA/TC-Huánuco, Eusebio Llanos Huasco, con Telefónica del Perú S.A. La sentencia declara infundada la demanda del trabajador despedido, pero aprovecha la ocasión para explicitar su doctrina frente al despido.

La sentencia precisa que el despido incausado se produce no solo cuando se omite en la comunicación escrita señalar la causa del mismo, sino, igualmente, cuando este se produce verbalmente. Siguiendo la misma lógica, tendrá que incluirse en esta categoría a los despidos de hecho, a los que se refiere como un supuesto de despido, la norma reglamentaria de la ley laboral y en los que, igualmente, no hay expresión de causa, porque ni siquiera existe comunicación del despido, sea escrita o verbal(75).

Además del despido incausado, la jurisprudencia del TC considera vulnerado el "derecho al trabajo" en el supuesto del despido "fraudulento" que es aquel cuya invalidez proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real. Se configura este supuesto, según lo indica, la sentencia TC del 13 de marzo de 2003, cuando: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) o se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.

En todos estos casos, como lo indica la sentencia, existe "(...) ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales (…)".

2. El derecho al trabajo como derecho fundamental

El fundamento utilizado por el Tribunal Constitucional para declarar la invalidez de los despidos lesivos de derechos fundamentales, esto es, la vulneración del "derecho al trabajo", nos lleva a preguntarnos por la condición, alcances y contenido de este, pues no han faltado quienes objeten la validez de este sustento.

A) Su constitucionalización

Después de la Segunda Guerra Mundial, algunas importantes constituciones de Europa occidental incluyeron en sus catálogos de derechos el "derecho al trabajo". La primera, fue la Constitución francesa de 1946 cuyo Preámbulo, –que conjuntamente con la Declaración de derechos de 1789 viene a configurar el catálogo de derechos fundamentales y permanece vigente con la Constitución de 1958– estableció que: "Cualquier persona tiene el deber de trabajar y el derecho de tener un empleo". Poco después, la Constitución de Italia de 1947, dispuso, en

(75) Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-96-TR, artículo 45.

su artículo 4, que: "La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho".

En época posterior, otras constituciones europeas como las de Grecia (art. 22.1), Luxemburgo (art. 11. 4), Portugal (art. 59) y España (art. 35.1) reconocieron explícitamente el "derecho al trabajo". Las nuevas democracias surgidas en Europa del este, después del derrumbe del régimen comunista, también se inscriben en esta tendencia como es el caso de la Constitución de la Federación Rusa (art. 37.3), la de Rumania (art. 38) y la de Ucrania (art. 43).

Asimismo, 15 Constituciones latinoamericanas proclaman el derecho de toda persona al trabajo: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

B) Su reconocimiento internacional

El proceso de constitucionalización del derecho al trabajo, fue acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en cuanto los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo acogieron en sus textos.

En primer lugar, debemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), cuyo artículo 23.1 proclama que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Tras esta declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), reconoce igualmente el "derecho a trabajar" en su artículo 6.1.

En el ámbito continental americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), señala en su artículo XIV que: "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo". Complementariamente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", formula, en los artículos 6 y 7, una amplia referencia sobre el "derecho al trabajo", sobre la cual volveremos más adelante(76).

(76) También en el ámbito continental europeo, la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961) contiene varias menciones al "derecho al trabajo, en la Parte I, 1 y en la Parte II, 1, señalando entre otras expresiones, que los Estados se comprometen: "A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido" (Parte II, 1,2).

C) El derecho al trabajo en la Constitución peruana

La Constitución de 1979 señaló, en el artículo 42, que: "El trabajo es un derecho y un deber social"; y la Carta de 1993, que rige actualmente, señala que: "El trabajo es un deber y un derecho" (CPE. 93, art. 22).

Fuente normativa insoslayable en esta materia es el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 6 enuncia el Derecho al Trabajo y en el 7 los Estados Partes reconocen que "el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. 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".

Con este texto, el Protocolo de San Salvador no solo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no solo con relación al acceso al empleo –como en su versión más tradicional–, sino, igualmente, respecto a la conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador. Al haber sido ratificado por el Perú (Resolución Legislativa Nº 26448 del 28/04/1995), el Protocolo forma parte del Derecho nacional (Const. art. 55) con rango de norma constitucional(77) y, por consiguiente, constituye fuente obligatoria conjuntamente con las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo (Const. art. 22) y a la protección contra el despido arbitrario (Const. art .27).

3. Contenido del derecho al trabajo

Algunos autores, como De Buen, encuentran el fundamento jurídico de la estabilidad laboral en el "derecho al trabajo", pues, como lo afirma: "El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestación. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo"(78).

(77) Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la SSTC Exps. Nºs 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en la cual interpretando el artículo 3 de la Constitución indica que los "derechos de naturaleza análoga" a que se refiere este precepto "(...) pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda de que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. (...) En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza 'constitucional'".

(78) DE BUEN. *Derecho del Trabajo.* Tomo I, Ob. cit., p. 80.

A juicio del mismo autor, este segundo aspecto o manifestación del Derecho del Trabajo "Se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiera una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo"(79).

En el Derecho italiano también se ha reconocido similar extensión al "derecho al trabajo"(80). En ese país, "El proceso de limitación del despido fue lento e irregular. El primer punto histórico puesto de relieve fue la inconstitucionalidad del despido ad nútum, al que importante sector de la doctrina acusó de violar los artículos 4 y 41, párrafo 2, de la Constitución que, respectivamente, consagran el derecho al trabajo y declaran que la libertad de iniciativa económica no puede ejercerse en modo contrario a la utilidad social"(81).

En 1965, una sentencia del 9 de junio de la Corte Constitucional de Italia, estableció el criterio según el cual el artículo 2118 del Código Civil, que facultaba al empleador a despedir libremente al trabajador debía ser interpretado teniendo en cuenta los principios reconocidos por la Constitución. A dicho pronunciamiento se le consideró antecedente directo o inmediato de la Ley Nº 604, del 15 de julio de 1966, que impuso como requisito para la validez legal del despido la existencia de "justa causa", en el sentido del artículo 2129 del Código Civil, o por "justificado motivo", según los términos del artículo 3 de dicha ley.

También la doctrina española considera que "(...) no puede ignorarse una segunda acepción del derecho al trabajo, en cuanto libertad actual e inmediata en el trabajo frente a (*freedom from*) a quienes –Estado, sindicatos, empresarios o cualesquiera otros sujetos– pretenden vulnerarla"(82). Se concluye, por ello, que "el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente debiera jugar en favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa"(83).

---

(79) Ídem.

(80) PIZZORUSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 178.

(81) SARGADOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 86.

(82) MONTOYA MELGAR, Alfredo. "La protección constitucional de los derechos laborales". En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 287.

(83) Ibídem, p. 288. En sentido coincidente interpreta Martín Valverde los alcances del "derecho del trabajo" en la "relación de trabajo", sosteniendo que "las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho del trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales". (MARTÍN VALVERDE, Antonio. "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española". En: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 202).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 22/1981 del 2 de julio de ese año, reconoció la presencia de estos dos aspectos en el contenido del derecho al trabajo, afirmando que este "presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación; y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma"(84).

No parece, en modo alguno, excesivo o arbitrario atribuir al derecho al trabajo una proyección sobre el momento extintivo de la relación laboral "(...) tomando en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de ese derecho, por lo que tiene que ser debidamente justificada"(85).

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la estabilidad laboral

A) El amparo como régimen de protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales

La jurisprudencia del TC sobre la protección del despido se ha desarrollado al resolver demandas de amparo interpuestas contra despidos considerados inconstitucionales. Con el propósito de explicar la función del amparo como mecanismo de tutela del despido, la jurisprudencia del TC realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el "despido arbitrario" vigentes en nuestro ordenamiento: uno "sustantivo" y otro "procesal"(86). El primero tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución que establece el derecho del trabajador "(...) a la protección adecuada contra el despido arbitrario" *en los términos que otorgue la ley.* En este caso, "(...) el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. (...) la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a

(84) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 35.

(85) SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 1996, p. 232.

(86) STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC, f. j. 11.

reparar patrimonialmente sus consecuencias". En la misma sentencia, el TC concluye que "(...) el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales (...)", cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de "(...) tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador (...)", quien, de este modo "(...) decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización". A partir de esta premisa la STC Exp. Nº 976-2002-AA/TC concluye que el artículo 34 del D. Leg. Nº 728 "(...) ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional"(87).

El otro régimen de protección, al que denomina "procesal" es aquel que "(...) en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional"(88).

La distinción terminológica no es teóricamente convincente, pues, en primer lugar, toda protección contra el despido, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea este el ordinario o el constitucional, sin que, por ello, pueda calificarse al primero como "sustantivo" y al segundo como meramente "procesal". En la medida que nuestro ordenamiento laboral, faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido.

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto ("régimen sustantivo") se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la "protección adecuada", o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, esta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la "estabilidad laboral", cuyo tratamiento

(87) Ibídem, f. j. 12, a.2).

(88) Ibídem, f. j. 12, b.2).

legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la "adecuada protección contra el despido arbitrario". Por consiguiente, lo que el TC denomina "régimen de protección sustantivo" se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27 constitucional y del artículo 34 del TUO del D. Leg. Nº 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del "despido nulo".

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al amparo será indispensable alegar y probar que el despido implica la violación de un derecho fundamental. En otras palabras, solo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedencia de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2 del CPCO, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y pesar de su equívoco terminológico, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que "(…) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales"[89].

No se trata, pues, de una protección "procesal", en el sentido de que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la "arbitrariedad" del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su "inconstitucionalidad" por la presencia en este, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el TC, aunque aludiendo, impropiamente, a un sistema

(89) STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC, f. j.. 13, b.2).

de "protección procesal", ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

B) La protección frente al despido lesivo de derechos fundamentales ¿restaura la estabilidad laboral?

Del anterior razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que, las sentencias del TC –y de tribunales ordinarios– que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropiamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, trasgrediendo la Constitución la cual no ha previsto la reposición como reparación del despido arbitrario. La crítica es, a nuestro juicio, infundada, por varios motivos:

1. En primer lugar, porque tales decisiones jurisprudenciales se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, *a priori*, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que: "(...) es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admite zonas de indefensión (...) y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicha materia(90). Por esta razón, el supremo intérprete de la Constitución puntualiza que: "Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar"(91).

No existe, por consiguiente, fundamento constitucional alguno para excluir del examen de constitucionalidad las relaciones laborales, en cuyo ámbito pueden tener lugar actos lesivos de derechos fundamentales; por el contrario, pretender dicha exclusión es claramente inconstitucional.

(90) STC Exp. Nº 2409-2002-AA/TC, f. j. 1.b).

(91) STC Exp. 976-2001-AA/TC, f. j. 9. En la frase anterior esta sentencia expresa que "(...) por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada".

2. En segundo lugar, porque la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, si no la protección –y restitución– de aquellos derechos. Al respecto, el propio TC ha precisado lo siguiente: "(...) el Juez Constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana" (STC Exp. Nº 150-99-AA/TC).

En este sentido, la perspectiva desde la cual a través del Amparo se protege al trabajador del despido es, exclusivamente, constitucional, pues, como lo afirma el TC, "(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido" (STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC, f. j. 14); o, asimismo, porque "(...) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra" (STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC, f. j. 20).

Ello significa que el Amparo solo procede como vía tutelar cuando el despido posee relevancia constitucional, –por afectar derechos constitucionales del trabajador–, pero no cuando tal relevancia no existe, en cuyo caso la impugnación del despido deberá tramitarse por la vía ordinaria para obtener la reparación que el legislador establezca en virtud de la facultad discrecional que le otorga el artículo 27 de la Constitución, la cual puede incluir o no la reposición del trabajador, pero en ningún caso excluir el derecho de este de acudir al proceso de amparo si considera que el despido viola sus derechos fundamentales, toda vez que este derecho se lo otorga directamente el artículo 200 de la Constitución.

3. En tercer lugar, porque cuando por la vía del Amparo se dispone la reposición del trabajador, esta forma de reparación del despido es la que corresponde a la naturaleza de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual es irrelevante que la Constitución no la mencione expresamente como medida de reparación del despido arbitrario, pues en este caso opera como la única forma de reparación del despido que lesiona derechos fundamentales.

Como ya antes de ha indicado, la finalidad de los procesos constitucionales de garantía consiste en proteger los derechos constitucionales lo cual se logra, según el artículo 1 del CPCO "(...) reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)". Por consiguiente, por la vía del amparo lo que debe lograrse en caso de acreditar la lesión de los derechos fundamentales del demandante, es la "reposición" de su derecho afectado, esto es, una "tutela restitutoria" y no meramente "resarcitoria", ya que esa es la forma de reparación inherente a los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, como lo indica Fix Zamudio(92).

Por ello, que la Constitución no prevea la reposición como reparación del despido arbitrario, no enerva, en modo alguno, que esta forma de reparación pueda otorgarse como el efecto necesario de una sentencia estimatoria de una demanda de amparo, cuya finalidad específica es la restitución a la persona afectada de sus derechos fundamentales vulnerados(93).

Desde esta perspectiva se advierte la insuficiencia del argumento que se utiliza para objetar la reposición del trabajador, el cual radica en

(92) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Civitas, Madrid, 1982, p. 49. Señala este autor que la protección de los derechos fundamentales "(...) requiere un sistema protector en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes (…)". (Ibídem).

(93) Al respecto, en la STC Exp. Nº 03971-2005-PA/TC, f. j. 4., el Tribunal Constitucional afirma que "(...) la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)". Y, en la STC Exp. Nº 0100-2002-AA/TC, precisa que: "En el ámbito del amparo, en efecto, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas –tratándose de despidos– no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente" (f. j. 10).

sostener que al prever la ley el pago de una indemnización en caso de despido arbitrario y no la reposición, el Tribunal Constitucional ha trastocado la Constitución introduciendo, sin sustento alguno, la estabilidad laboral absoluta. En efecto dicho argumento descansa en una interpretación de la Constitución a partir de la ley, alterando la relación jerárquica entre estas dos fuentes de Derecho, ante lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado que: "Concluir en que la única alternativa a la que podría acogerse el recurrente es la indemnización a que se refiere el artículo 34 del Decreto Legislativo Nº 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar la Constitución de conformidad con la ley, cuando la actividad de este Colegiado (...) obliga exactamente a lo contrario, es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución"(94).

Las reflexiones aquí expuestas, nos llevan a plantear la necesidad de distinguir, en el plano terminológico, entre el despido "arbitrario" y el despido "lesivo de derechos fundamentales" como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la "protección contra el despido arbitrario" tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como "sustantivo", –que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27 de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido–, y el segundo como "procesal", que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que debido a la eficacia restitutoria de estas, produce la reposición del trabajador despido. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante este de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que en esta vía procesal constitucional, solo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional y no aquellos que carezcan de esta, los cuales deben ser revisados en la vía ordinaria laboral.

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido "arbitrario" para

(94) STC Exp. Nº 1672-2003-AA/TC, f. j. 6. Con base en el razonamiento antes glosado, dicha sentencia concluye que: "Ello impone, como no puede ser de otra manera, considerar que no puede ser aplicable al caso del recurrente el citado dispositivo legal, si es que este no otorga la opción reparadora que, por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional" (Ibídem).

referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, solo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de "despido lesivo de derechos fundamentales" a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

En esta misma perspectiva quizá sería posible distinguir entre una estabilidad laboral legal que gira en torno a la noción de "despido arbitrario" y en la cual es posible resarcir el daño mediante el pago de una indemnización, y una "estabilidad laboral constitucional" la cual dispensa protección al trabajador únicamente en caso de "despido lesivo de derechos fundamentales", supuesto este en el que la reposición es la única medida reparadora en atención a la entidad de los derechos vulnerados, principalmente el derecho fundamental al trabajo(95).

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El debate acerca de la estabilidad laboral y, en general, respecto de la flexibilización del Derecho del Trabajo está lejos de haber terminado. De un lado, los partidarios de continuar flexibilizando una legislación que en la década del noventa sufrió un importante proceso de desregulación que el recordado jurista Oscar Ermida calificó acertadamente como "desregulación salvaje"(96), siguen insistiendo en la necesidad de realizar nuevas desregulaciones y "reformas laborales" para, según sostienen, estimular la formalización de las micro y pequeñas empresas y la creación de empleo. De otro lado, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se plantea la necesidad de garantizar el "derecho fundamental al trabajo" y ampliar los márgenes de protección frente al despido.

(95) Interpretando que la jurisprudencia del TC sobre el despido incausado y nulo implica la ampliación del concepto del despido "nulo", la Corte Suprema de Justicia ha establecido, por vía jurisprudencial, que las acciones impugnatorias de esta clase de despidos pueden sustanciarse en la vía ordinaria laboral. De esta manera, el trabajador afectado por aquellos, puede elegir entre la vía del amparo y la vía laboral para solicitar su reposición. (Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 12, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 21-28.)

(96) ERMIDA URIARTE, Oscar. "La flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas". En: *Ius et Veritas*. Año III, Núm. 4, Lima, 1994, p. 17.

1. Profundizar la flexibilización

En la orilla de la flexibilización desprotectora, se plantean dos opciones que, eventualmente, pueden ser concurrentes: i) convertir el régimen excepcional de la micro y pequeña empresa en el régimen laboral general, y ii) introducir la *flexiseguridad* como mecanismo de protección frente al despido.

A) Extender el régimen de la micro y pequeña empresa a la gran empresa

Respecto a la primera tesis debemos recordar que, como se ha expuesto en esta ponencia, se han creado regímenes de excepción para la micro y la pequeña empresa, en los cuales se ha procedido a "abaratar el despido", reduciendo a su mínima expresión la cuantía de las indemnizaciones, de modo tal que estas no responden, en absoluto, a la exigencia constitucional de otorgar al trabajador "adecuada protección" contra el despido arbitrario". En estos regímenes se ha retornado a la superada etapa en que el poder del empleador para despedir se considera un derecho de este, únicamente sometido a "limitaciones laborales impropias", insuficientes, en razón de su escasa entidad, para servir de freno a despidos abusivos o arbitrarios. Subyace a estos regímenes la idea de que ello promoverá la formalización de los empleadores informales, lo cual es, hasta la fecha, negado por la información estadística.

Pretender convertir estos regímenes de excepción –en los que todos los derechos, y no solo la protección contra el despido, han sido reducidos a su mínima expresión– en el régimen general, esto es, extenderlos a la mediana y gran empresa, carece de toda justificación objetiva y realista y solo puede comprenderse como un intento de destruir el Derecho del Trabajo, convirtiéndolo en una caricatura de sí mismo, privándolo de su función propia y aboliendo el principio protector que lo inspira y que nuestra Constitución reconoce(97).

B) La flexiseguridad

Respecto a la posibilidad de sustituir la protección jurídica del despido por el sistema denominado "flexiseguridad", aplicado con éxito en Dinamarca, –conforme al cual se sustituye la protección jurídica del trabajador frente al despido por prestaciones de la seguridad social– no pretendemos cuestionar la validez de

(97) Sobre este principio, el TC sostiene: "Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de Derecho que se desprende de los artículos 43 ('República social') y 3 de la Constitución, respectivamente" (STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, f. j. 12,b).

esta fórmula, en el contexto jurídico, económico y social de este país. Dinamarca, es un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una política tributaria basada una presión fiscal y tasas impositivas sumamente altas –las más altas del mundo–, que permiten al Estado realizar una significativa inversión en las políticas del mercado de trabajo. Dinamarca cuenta con una tasa de afiliación sindical altísima cercana al 80 % y la negociación colectiva, es la fuente principal de la regulación de las relaciones laborales, concediendo, por lo tanto, a los sindicatos un poder relevante frente a los empleadores. Así, la imagen de que la flexiseguridad en Dinamarca confiere a los empleadores un rol predominante en las relaciones laborales en desmedro de la posición de los trabajadores, debe considerarse equivocada en razón del contexto en que se produce, ciertamente muy distinto al de aquellos países, como el Perú, con un Estado de Bienestar residual o incipiente, con bajos niveles de protección social y una débil política fiscal.

De otro lado, la Constitución danesa de 1920 no contiene un enunciado de derechos laborales fundamentales, que supongan límites al legislador para regular las relaciones de trabajo, o al gobierno para la formulación de políticas relativas al mercado de trabajo, como, en cambio si existen en nuestra constitución. Ello no significa dejar de observar las posibles implicancias que un régimen de despido libre o muy flexible, –aun cuando este fuere mitigado por un sistema de protección social muy completo y generoso– tiene respecto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía, contemplados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aceptados por las naciones civilizadas y democráticas como fundamento de la convivencia tanto internacional cuanto interna. Por ello, Romagnoli, critica sin ambages esta propuesta señalando que "(...) el proyecto de *flexsecurity* elaborado en la Unión Europea tiene las propiedades de un anestésico suministrado para obedecer a los dictámenes de una ética opaca"[98].

Lo que nos interesa, en cualquier caso, destacar es que el trasplante a nuestro medio de semejante modelo confronta tanto límites jurídico-constitucionales, cuanto limitaciones reales o materiales, que no se pueden ignorar.

En efecto, el Perú es un país con bajísimos niveles de protección social. Al año 2010, apenas el 37.7 % de la Población Ocupada Urbana (POU) tenía acceso a pensiones de seguridad social, correspondiendo el 55.2 % a los asalariados y el

(98) ROMAGNOLI, Umberto. Ob. cit., p. 17.

23.8 % a los no asalariados[99], lo que significa que casi dos tercios de los trabajadores no tienen acceso a pensiones de jubilación o de invalidez. Los diferentes sistemas de pensiones se financian con los aportes de los trabajadores. En el Sistema Nacional de Pensiones la pensión máxima es de 857.00 soles mensuales, esto es decir, aproximadamente 325 dólares; la pensión promedio del Sistema Privado de Pensiones asciende a 1,000.00 soles mensuales (380 dólares, aproximadamente).

En atención de salud, solo el 53.8 de la POU tienen acceso a esta forma de protección (63.9 de los asalariados y 50.9 de los no asalariados)[100] lo que indica que la mitad de los trabajadores carecen de esta.

Por otro lado, la presión tributaria en el Perú ronda el 12 %, existiendo actualmente la meta del 15 %.

Con estos datos podemos preguntarnos nuevamente ¿es viable un modelo de flexiseguridad en el Perú? ¿Cuando dos tercios de la POU no tienen acceso a pensiones de jubilación o invalidez, es factible crear un seguro de desempleo que garantice al trabajador que pierde su empleo ingresos aproximados a los que estaba percibiendo en actividad, como ocurre en Dinamarca?

Lo más probable es que de optar por imitar el modelo danés, careciendo del contexto político, institucional, económico y social sobre el cual este descansa, terminemos, además de las trasgresiones constitucionales que conllevaría, –salvo que se reforme la Constitución y el Perú denuncie el PIDESC y el Protocolo de San Salvador– construyendo un modelo que, en el fondo, suponga aproximarnos a un esquema de despido libre, con mínimas pensiones por desempleo y escasa o nula intervención del Estado en la capacitación y reentrenamiento de los desempleados y la activación del mercado de trabajo.

Tal modelo no podría ser reconocido como uno de "flexiseguridad", sino como uno distinto, que, con mayor exactitud podría ser denominado como "flexi-inseguridad" o "flexi-precariedad", el cual, en lugar del "triángulo de oro" danés vendría a configurarse como un "triángulo de barro" cuyos tres lados serían: i) despido libre o con mínima protección, ii) prestaciones por desempleo diminutas o exiguas y iii) prevalencia de las políticas pasivas del mercado de trabajo.

(99) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. *Panorama Laboral 2011*, Lima, 2011, p. 136.

(100) Ídem.

2. Ampliar la protección contra el despido

Esta es la línea de futuro plasmada en el proyecto de la Ley General de Trabajo, formulado por la Comisión Revisora designada por el Ministerio de Trabajo el año 2011[(101)], el cual contiene, en materia de despido, las siguientes propuestas.

A) Subsistencia del régimen indemnizatorio pero reforzado

En el crucial tema de las medidas reparadoras del despido –indemnización o reposición–, que establece la distinción entre la estabilidad relativa o la absoluta, el proyecto de LGT, no altera el esquema actual, es decir, la indemnización como regla general en caso de despido arbitrario, confinando la reposición al supuesto del despido "nulo"; y ello, en atención a que este esquema ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional en la sentencia Nº 976-2001-AA/TC. Sin embargo, el proyecto LGT, modifica la escala indemnizatoria aplicable al despido arbitrario, sin necesidad de elevar la cuantía por año de servicios vigente (un sueldo y medio), al ampliar el periodo de servicios indemnizable que actualmente es de solo 8 años –como efecto del tope de 12 remuneraciones de indemnización máxima– hasta los 16 años, convirtiendo la escala actual en el primer tramo de una nueva, a la que se agregan otros dos tramos de 4 años cada uno, en los cuales la indemnización es, respectivamente, de uno y de medio sueldo por año, respectivamente, derivando en el siguiente esquema: **primer tramo:** 8 × 1.5; **segundo tramo:** 4 × 1, y **tercer tramo:** 4 x 0.5. Sin afectar, por lo tanto, el modelo de "estabilidad relativa", se corrige, parcial –aunque significativamente– el efecto regresivo de la escala actual, que después de los primeros 8 años de servicios, tendía a decrecer en cuanto a su alícuota anual. Se sigue en este caso una lógica inversa a la que inspira el "abaratamiento del despido": su encarecimiento actuará como medio disuasorio para los despidos abusivos o arbitrarios.

B) Despido lesivo de derechos fundamentales

Un cambio importante tiene lugar en el tratamiento del despido nulo, pues, en primer lugar, se abandona su concepción restrictiva o mutilada al considerar como supuesto de hecho del mismo todo despido que lesione los derechos fundamentales, sin limitarlo a solo unos cuantos de estos, aunque por razones, exclusivamente de orientación a los operadores del Derecho, el proyecto enuncia, sin carácter taxativo, los más relevantes, en versión similar a la del artículo 29 LPCL. Esta clase de despido se rebautiza como "despido lesivo de derechos fundamentales" a

(101) Integrada por los doctores Carlos Blancas Bustamante (Presidente), Mario Pasco Cosmópolis, Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Javier Neves Mujica, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos.

fin de identificarlo por su naturaleza y no por sus efectos (nulidad). Asimismo, se incluye, siguiendo la jurisprudencia del TC, la figura del "despido fraudulento", que comprende los supuestos relativos a i) imputar al trabajador hechos falsos o ficticios o utilizar pruebas falsas o fabricadas, ii) impedir al trabajador su derecho de defensa previo al despido, y iii) el fraude a la ley cuando el despido por necesidades de funcionamiento (colectivo o individual) se realiza sin autorización administrativa o carece de causa.

En segundo lugar, se precisa que la acción de nulidad, en la que el *onus probandi* corresponde al trabajador, no excluye que, en caso de no demostrarse la nulidad de la extinción, el juez pueda, no obstante, calificar el despido como arbitrario, si, por su parte, el empleador no demuestra la causa justa imputada. Respecto a la carga de la prueba, además de reconocer mecanismos de facilitación de la misma, el proyecto LGT, exonera de la misma al trabajador cuando este tiene la condición de dirigente sindical o la de mujer embarazada(102), al establecer, a su favor, la presunción de que el despido obedece a dicha condición, trasladando, por tanto, al empleador, la obligación de probar la existencia de una causa justificada para el despido

C) Despido indirecto y hostilidad del empleador

En la regulación del "despido indirecto", se introducen los cambios en la enumeración de los "actos de hostilidad", al restaurarse algunos que fueron suprimidos sin mayor fundamento y agregarse otros.

Entre los primeros, figuran los relativos a la discriminación por motivos sindicales o políticos y la tipificación del incumplimiento deliberado y reiterado por el empleador de sus obligaciones legales y convencionales.

En el caso de los segundos, cabe mencionar la trasgresión de las diversas garantías establecidas en los supuestos de movilidad funcional y geográfica del trabajador (que el proyecto de LGT regula exhaustivamente); el acoso sexual y el acoso moral, no solo cometidos por el empleador o sus representantes, sino, incluso, por otro trabajador jerárquicamente equiparado a la víctima cuando el empleador no adopte medidas preventivas para impedirlo o sancionarlo ("acoso sexual ambiental") y finalmente, disponer o aplicar controles o registros sobre la persona del trabajador, lesivos a su dignidad e intimidad, como correlato de las normas protectoras que en esta materia contiene la ley.

(102) En el caso de la mujer embarazada esta presunción fue establecida por la Ley Nº 27185, promulgada el 1 de octubre de 1999, que modificó el inciso e) del artículo 29 de la LPCL.

D) Despido colectivo

En materia del despido por "necesidades de funcionamiento" en primer lugar se establece la obligación de indemnizar el despido colectivo, con base en una escala especial que parte de 22 días por año de labor. Y, en segundo lugar, se introduce la figura del despido "individualizado" que procede cuando el empleador requiera suprimir una plaza. En ambos casos, la indemnización respectiva debe abonarse antes del cese efectivo del trabajador, como condición de validez de este. Asimismo, se sanciona con la nulidad el despido cuando, en el caso del colectivo carece de autorización administrativa, y en el individualizado la alegada supresión de plaza es falsa.

E) Protección especial de los dirigentes sindicales

Asimismo, el proyecto de LGT introduce una figura novedosa como es la del "despido-propuesta" para el caso de los dirigentes sindicales que gozan de fuero sindical, conforme a la cual estos no pueden ser despedidos sin previa autorización del juez, en proceso incoado por el empleador alegando que existe causa justa para el despido. Esta figura existe actualmente en los ordenamientos de Chile, Colombia, Panamá y Paraguay y tiene como propósito proteger la libertad sindical evitando el descabezamiento de las organizaciones sindicales.

Las propuestas de la LGT, que recogen la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, representan un avance importante en la dirección correcta, esto es, elevar el nivel de protección del trabajador frente al despido, teniendo en cuenta el contexto económico y político en que dicha legislación debe aprobarse. Ello no significa, no obstante, alcanzar el nivel deseable en esta materia, el cual que a nuestro juicio, consiste en restablecer la **estabilidad laboral absoluta**, pues, conforme a una interpretación estricta del "derecho al trabajo" si la falta grave imputada al trabajador no se demuestra y, por lo tanto, no existe, el despido fundado en esta debe reputarse incausado, procediendo, por tanto la reposición del trabajador.

Esta tesis puede parecer radical o extrema a los ojos de los flexibilizadores o desreguladores pero, por el contrario, obedece a las exigencias de justicia que dimanan del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que nuestra Constitución proclama en su artículo 1, pues la protección contra el despido, tiene una profunda relación con la defensa de la dignidad humana como lo ha resaltado el Papa Benedicto XVI en la Carta Encíclica *Caritas in Veritate*:

"El estar sin trabajo durante mucho tiempo, o la dependencia prolongada de la asistencia pública o privada, mina la libertad y la creatividad de la persona y sus relaciones familiares y sociales, con graves daños en el plano psicológico y espiritual. Quisiera recordar a todos, en especial a los gobernantes que se ocupan en dar un aspecto renovado al orden económico y social del mundo, que el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la persona en su integridad: "Pues, el hombre es el autor, el centro y el fin de la toda la vida económico-social".

PONENCIAS LIBRES

LA TERCERA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEY UNIVERSITARIA Nº 30220: REALIDAD, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS SOLUTORIAS

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES[1]

I. INTRODUCCIÓN

Estamos frente a una revolución demográfica, la población mundial está cambiando vertiginosamente su composición y el envejecimiento es una de sus grandes dificultades de cara al mundo del trabajo y los sistemas pensionarios. La OIT viene estudiando el tema con gran seriedad y profundidad, de manera que dentro de un contexto mayor la edad ha pasado a ser discutida como un asunto primordial relacionado con el principio de no discriminación y la jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo, decantándose las posiciones teóricas que sostienen la jubilación debe tener un límite a determinada edad, o que esta debe ser voluntaria, dejada al libre albedrío del trabajador.

En setiembre de 2010, en el renombrado Festival de Derecho de Piacenza, en su conferencia sobre las desigualdades en el mundo del trabajo, Romagnoli hablaba del "Festival de las desigualdades" y que "hay un síndrome antiigualitario, el mundo del trabajo nace de un duro dato de la realidad que no se

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo - Perú.

puede suprimir"[2]. En la actualidad, una de las peores y más extendidas formas de discriminación es la vejez.

A partir de la dación de la nueva Ley Nº 30220, en las universidades peruanas se viene dando un gran debate sobre la edad de jubilación, y si esta debe ser obligatoria y automática o potestativa. Hay desencuentros, a veces explícitos y a veces disimulados pero con visos de legitimidad, entre las generaciones mayores y jóvenes, con argumentos de mucho peso por ambos lados, donde los primeros quieren seguir trabajando más alla de los 70 años de edad y los segundos anhelan que los anteriores de una vez pasen al retiro para que ellos puedan escalar y encontrar más halagueñas satisfacciones en la carrera profesional.

Esta ponencia trata de entrar al corazón del debate y desde varias perspectivas aportar elementos de juicio objetivos y desapasionados sobre los puntos que figuran en el sumario, abordando la problemática de la docencia universitaria pública y privada con relación a la edad de jubilación, teniendo en cuenta información sociológica poblacional, económica, médica, estadística y, por supuesto, jurídica, esta última apenas sugerida en sus ámbitos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, por razones de vastedad temática y limitantes de espacio. Esperamos se logre el objetivo de discutir, rediscutir y profundizar el problema escuchando las voces intergeneracionales, que nos llevarán a nuevos planteamientos y prontas propuestas de modificación de la Ley Universitaria.

II. UNA LIGERA MIRADA AL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN COMO UN PROBLEMA MUNDIAL

La población mundial presenta el preocupante problema del envejecimiento que amenaza convertirse en inmanejable en los próximos decenios, a pesar de las múltiples medidas adoptadas al respecto. Las Naciones Unidas, al igual que otras instituciones, han propiciado desde la década de los setenta diversas iniciativas para abordar el problema y buscarle salidas; dentro de esa perspectiva impulsaron la realización de la I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento –AMSE– (Viena, 1982), que concluyó en un sendo Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento.

(2) ROMAGNOLI, Umberto. "Las desigualdades en el mundo del trabajo". En: *Revista de Derecho Social*. Nº 52, Editorial Bomarzo, 2010, pp. 13 a 25.

En dicha I AMSE se dio cuenta de la previsión que para el 2025 la población mundial aumentaría a 8,200 millones, las personas de 60 a más años de edad serían 1,100 millones. Por lo tanto, a esa fecha las personas de edad mayor serían el 13,7 % de la población mundial. Se calculaba entonces que de dichos adultos mayores, proyectándose al año 2000, más del 60 % estarían ubicados en los países en desarrollo, y que en el 2025 dicha proporción alcanzaría casi las tres cuartas partes (72 %)[3]. Como prevención, en las Recomendaciones 37, 40 y 41 del Plan se aconsejó la conveniencia de no rebajar la edad de jubilación de los asalariados, salvo que fuera sobre una base voluntaria y tomar medidas para hacer más flexible la edad de jubilación.

En la II AMSE (Madrid, 2002), que dio origen al Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, se aprecia de sus anales, específicamente en la Declaración Política, arts. 2, 5, 10, 12 y 16, que hay una revolución demográfica sin precedentes, de aquí al 2050 el número de personas de más de 60 años se incrementará de 600 millones a 2,000 millones, se prevé que el porcentaje de personas de 60 a más años se duplique pasando de un 10 % a un 21 %. Este incremento será más rápido en los países en desarrollo, donde se prevé que la población de edad se multiplique por cuatro en los próximos 50 años. Por lo tanto, los declarantes se comprometen a eliminar todas las formas de discriminación, en especial la discriminación por motivos de edad; reconocen que el potencial de las personas de edad es una sólida base para el desarrollo futuro, ya que permite a la sociedad recurrir a las competencias, experiencia y sabiduría que las personas de edad aportan, por lo que debería permitírseles que trabajen hasta que quieran y sean capaces de hacerlo y concluye recalcando la necesidad de fomentar la solidaridad intergeneracional, ya que no hay intereses contrapuestos entre los jóvenes y los adultos mayores[4].

En el Plan de Acción Internacional de Madrid, al desarrollar la temática del empleo y el envejecimiento de la fuerza de trabajo, numerales 23, 24, 27 y 28, incs. b, g y h, se recomienda la adopción de las siguientes medidas: permitir a las personas de edad seguir realizando tareas remunerativas mientras lo deseen y puedan hacerlo productivamente; adoptar políticas para ampliar las posibilidades de empleo, con jubilación flexible; alentar a los trabajadores para que aplacen voluntariamente la jubilación completa y permanezcan en el empleo a tiempo parcial o como empleados a tiempo completo; eliminar los obstáculos por razones de edad

(3) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento", Viena, 26/07 al 06/08/1982.

(4) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento", Madrid, abril de 2002. Vide: <undesadspd.org/Portals>.

en el mercado de trabajo estructurado, fomentando la contratación de personas de edad e impidiendo que los trabajadores que van envejeciendo comiencen a experimentar desventajas en materia de empleo; y, promover un nuevo enfoque de la jubilación que tenga en cuenta las necesidades del empleado y del empleador, aplicando políticas de jubilación flexible, de reducción de incentivos y presiones para una jubilación anticipada y eliminar los desincentivos para trabajar después de la edad de jubilación.

Con posterioridad, la ONU ha implementado un seguimiento de la II AMSE a través de los Grupos de Trabajo de composición abierta sobre envejecimiento y ha realizado cuatro periodos de sesiones en Nueva York en el 2011 y 2012.

En el caso del envejecimiento de la población en América Latina y el Caribe (ALC), Paz recuerda que en una publicación de la ONU en el 2008, se informaba que en la región, en 1950, los mayores de 59 años de edad eran alrededor del 6 %, y los de 80 a más años eran el 0,4 % de la población total, mientras que el 2050 se proyectaba representarían el 22,5 % y el 4 %, respectivamente. América Latina y El Caribe envejece a mayor velocidad que otras regiones del mundo; es más, alcanzará en 30 años el nivel de envejecimiento que a los países del norte de América y Europa les llevó cien años[5].

III. LA TERCERA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE LA OIT

Las citas de la discriminación dentro de los tratados internacionales sobre los derechos humanos son escasas, mas lo son las citas explícitas de la edad como una de las formas de discriminación.

La OIT le dio en un principio poco tratamiento porque no era un asunto de mayor preocupación en sus predios, dado el embrionario desarrollo normativo y por ser entonces el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social disciplinas en gestación en la mayoría de países, acorde con la evolución del sistema capitalista. Años y décadas después, de la revisión somera de la producción jurídica de la OIT, se constata que su desarrollo ha sido más en el campo de la seguridad social vía las pensiones de vejez y jubilación y menos en materia de extinción del contrato de trabajo.

(5) PAZ, Jorge A. *Envejecimiento y empleo en América Latina y El Caribe*. OIT, Sector del Empleo, Departamento de Políticas de Empleo, Documento de Trabajo Nº 56, 2010, pp. 1 a 5.

El *iter* de su posterior protagonismo en ambas disciplinas jurídicas se puede resumir así:

i) En la Recomendación Nº 67, sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, se consideró como uno de los riesgos que debe cubrir la seguridad social a la vejez, cuya prestación deberá pagarse cuando se alcance la edad prescrita, que sin entrar en guarismos solo se consignó debería ser aquella en que las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente, en la que la incidencia de la enfermedad o la invalidez es elevada.

ii) En el Convenio Nº 102, sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, la OIT precisó en el artículo 26.2 que para percibir las prestaciones de vejez "la edad prescrita no deberá exceder de 65 años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta a capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate".

iii) El Convenio Nº 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, se caracteriza porque presenta nuevos criterios de discriminación y deja la posibilidad a los Estados miembros, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, definan como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que por razones de edad, entre otras, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. En el Informe III (Parte 4B), de las memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones de la Conferencia Internacional de 1996 la OIT informó que hasta esa fecha ninguno de los países ratificantes del convenio especificó explícitamente otros criterios, pero algunos si lo han hecho a través de disposiciones internas constitucionales, legislativas o reglamentarias cuya finalidad es combatir la discriminación en el empleo y la ocupación; los códigos de trabajo y las legislaciones específicas de muchos países prohiben expresamente la discriminación por motivos de edad, con la salvedad de que dichas disposiciones deben interpretarse conjuntamente con las que permiten lícitamente poner término al empleo de toda persona que haya cumplido la edad de la jubilación; asimismo, la OIT recomendó: "La discriminación fundada en la edad debe examinarse sobre todo desde el punto de vista de la edad de la jubilación obligatoria

y de las condiciones de empleo de los trabajadores de edad y de los trabajadores jóvenes. Hoy en día, se tiende a observar una mayor flexibilidad en cuanto a la edad de jubilación obligatoria en los países industriales"(6).

iv) En el Convenio Nº 128, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, artículos 15.2 y 15.3 se ratificó la edad en 65 años, precisando que su extensión deberá tener en cuenta criterios demográficos, económicos y sociales apropiados y justificados por datos estadísticos, y que si la edad prescrita fuera igual o superior a los 65 años, deberá ser reducida para las personas que hayan trabajado en labores penosas o insalubres, a efectos de la prestación de vejez.

v) La Recomendación Nº 162, sobre los trabajadores de edad, 1980, desarrolla las medidas a adoptar para impedir la discriminación de los trabajadores de edad en materia de empleo y sugiere en sus numerales 5, 12 y 22 lo siguiente: a) Considerando su nivel profesional, experiencia y calificaciones deben tener acceso a un empleo de su elección "a reserva de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo"; b) Deberían realizarse estudios para identificar los tipos de actividad en los que el proceso de envejecimiento sea más rápido o cuando hay dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, debiendo determinar sus causas y proponer las soluciones apropiadas; y, c) Garantizar que el paso de un trabajador a una situación de retiro se efectúe voluntariamente y hacer flexible la edad de admisión a las prestaciones de vejez.

En síntesis, desde la perspectiva de la demografía del empleo, la OIT viene enfrentando dos desafíos concatenados o interdependientes que son el crecimiento del desempleo juvenil y la extensión de la vida por más largo tiempo. La respuesta al problema no es otorgar la jubilación anticipada para que los jóvenes sustituyan a los mayores y accedan al mercado de trabajo. José Manuel Salazar-Hirinachs, Director Ejecutivo para el Empleo de la OIT, en una conferencia sobre envejecimiento en la ONU, fue contundente al señalar: "En la práctica, los

(6) CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Igualdad en el empleo y la ocupación*. 1ª ed., 83ª sesión, Ginebra, 1966, pp. 19 a 23.

trabajadores más jóvenes no pueden sustituir fácilmente a los trabajadores mayores. La evidencia sugiere que las políticas de jubilación anticipada no han generado empleos para los grupos de personas más jóvenes"(7).

Como comentario aparte debemos recordar que la propia OIT también se adapta a los tiempos y viene discutiendo una nueva ampliación de la edad de jubilación de sus funcionarios. Según el artículo 11.3 del Estatuto de Personal y reglamentos de la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas, la edad de jubilación para los funcionarios que ingresaron antes del 01/01/1990 era de 60 años, los que ingresaron después se jubilan a los 62 años, sin perjuicio de poder mantener la relación por más tiempo con cualquier funcionario. La edad de jubilación ha sido ampliada a los 65 años a partir del 01/01/2014, pues bien, la OIT viene discutiendo la adecuación de sus funcionarios a dichas normas desde el 2013(8).

IV. SINOPSIS JURÍDICA SOBRE LA EDAD DE JUBILACIÓN EN EL PERÚ

En realidad, de acuerdo al desarrollo histórico del DT y de la S., la temática de la edad de jubilación en el ámbito internacional y nacional se expresó primero con mayor claridad y amplitud en el Derecho de Seguridad Social y tiempo después en el Derecho del Trabajo, en este último caso, comenzó a desarrollarse vinculada al principio de no discriminación y como causa de extinción del contrato de trabajo.

Como la docencia universitaria está vinculada a los regímenes laborales de la actividad pública y privada, presentaremos a continuación una síntesis de las principales normas legales generales sobre la edad de jubilación en nuestro país.

Obviamente, dejamos de lado las jubilaciones en los contratos especiales de trabajo en los regímenes laborales público (funcionarios de entes especializados) y privado (mineros, pescadores, marítimos, aviadores, construcción civil, periodistas, etc.) por tratarse de otro asunto.

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO: "Trabajadores jóvenes y mayores: dos caras de la misma moneda". Noticias RSS, 08/10/2012.

(8) OIT: Consejo de Administración: "Enmienda al Estatuto de Personal: edad de jubilación …". Undécimo punto de orden del día, Ginebra, 18/09/2013.

1. En el régimen laboral público

La Ley Nº 11377, denominada Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de 1950, estipulaba en sus arts. 34, 35 y 36 que la actividad de la función pública terminaba por jubilación definitiva, que era forzosa al cumplir 70 años de edad y facultativa al cumplir 60 años.

El Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, establece lacónicamente en su artículo 35, inc. a) que se considera causa justificada para el cese definitivo del servidor el límite de 70 años de edad. A su vez, su Reglamento, D.S. Nº 005-90-PCM, prescribe en sus artículos 182, inciso c) y 186, inciso a), que el término de la carrera administrativa se produce por cese definitivo a los 70 años de edad. Según lo prescrito en la primera disposición complementaria, transitoria y final del D.L. Nº 276 "Los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de carrera, regulados por leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen privativo, no obstante lo cual deben aplicárseles las normas de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en lo que no se opongan a tal régimen". De ese modo, siendo dicho decreto legislativo la norma matriz de las relaciones laborales en el sector público, es supletorio para los regímenes especiales si es que en estos hay vacío o deficiencia normativa; más aún, algunas legislaciones de los regímenes especiales han considerado tambien la edad de 70 años como límite para la terminación del contrato de empleo público.

La Ley del Servicio Civil Nº 30057, de 2013, prescribe en su artículo 49 (incisos c y d) que el servicio civil termina por jubilación y por "Alcanzar el límite de edad de 70 años, exceptuando a aquellos funcionarios públicos de órganos colegiados cuya función es de asistencia temporal y perciben dieta". Al igual que la disposición comentada en el párrafo precedente, la primera disposición complementaria y final de la Ley Nº 30057 establece que no están comprendidos en ella, entre otros, los servidores sujetos a las siguientes carreras especiales: diplomáticos, docencia universitaria, profesionales de la salud, magisterio, fuerzas armadas, policía nacional, trabajadores penitenciarios, ministerio publico y poder judicial (solo se les aplica supletoriamente el art. III del título preliminar, título II y V, referidos a los principios, organización del servicio civil y régimen disciplinario y procedimiento sancionador, respectivamente). Hacemos notar que esta declaración de no aplicabilidad o "supletoriedad negativa" de la ley a las carreras especiales, está en abierta y antitécnica contradicción con las reglas estipuladas para las compensaciones en el artículo 34 de la misma ley, donde *in fine* se dispone que dichas reglas "son de aplicación general, inclusive para las carreras especiales".

El Reglamento General de la Ley de Servicio Civil, contenido en el D.S. Nº 040-2014-PCM, junio de 2014, desarrolla el término de la relación de servicio civil relacionado con la edad en sus artículos 208, 209 y 210, que prescriben en síntesis y sucesivamente: a) **Término por jubilación.-** La jubilación pone fin a la relación, opera cuando se notifica al servidor con la resolución que reconoce su derecho a pensión a cargo de la Oficina de Normalización Previsional o el Sistema Privado de Pensiones, bajo cualquier modalidad, bajo ningún supuesto el vínculo del servidor civil podrá persistir si es que el servidor percibe una pensión de jubilación; b) **Término obligatorio por límite de edad.-** El servicio civil termina de manera automática y obligatoria cuando el trabajador cumple 70 años de edad, salvo que se trate de funcionarios públicos de órganos colegiados con funciones temporales y que perciben dieta; y, c) **Término facultativo por edad.-** El trabajador tiene la facultad de dar por terminado el vínculo a partir de la edad de 65 años, sin que le sean aplicables las normas sobre renuncia.

2. En el régimen laboral privado

Como sostuvimos *supra*, la edad de jubilación fue primigeniamente desarrollada en el ámbito del Derecho Previsional, no parecía regulada en el DT o lo hacía marginalmente. De ese modo, las ya antiguas y derogadas normas legales de estabilidad laboral (D.L. Nº 18471, de 1970, D.L. Nº 22126, de 1978, y D.L. Nº 24514, de 1986) solo desarrollaron limitadamente como principal el tema de las causas justas de despido o solo las faltas graves y las situaciones excepcionales de la empresa.

El Decreto Legislativo Nº 728, de 1991, consideró por primera vez dentro de las causas de extinción del contrato a la jubilación y en el artículo 57 prescribió que la jubilación era obligatoria para el trabajador varon y mujer que cumplan 65 y 60 años de edad, respectivamente. La Ley Nº 26513, de 1995, recompuso el artículo anterior y le agregó un párrafo final: "La jubilación es obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo pacto en contrario". Así pasó a figurar en el texto único ordenado del D.L. Nº 728, contenido en el D.S. Nº 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (art. 21), en vigencia desde 1997.

El D.S. Nº 001-96-TR, reglamento de la LPCL, señala en su artículo 30 que se entiende opera la jubilación obligatoria y automática si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite que se estuviera siguiendo para el trámite de dicha pensión.

V. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJO DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA (PÚBLICO Y PRIVADO)

En el numeral 4.1. precedente vimos que desde los predios puramente legales la Ley de Servicio Civil Nº 30057 reconoce como régimen especial, entre otros, a la carrera universitaria.

¿Qué se entiende desde el punto de vista doctrinal por un régimen especial de trabajo, sea en el régimen laboral público o privado? Por razones de espacio, sintéticamente señalamos a continuación cuáles son las principales características de un régimen especial (en otro estudio prometemos desarrollar el tema in extenso):

a) Es una prestación de servicios de naturaleza laboral a la que resulta contraproducente, antitécnico, injusto y hasta descabellado aplicarle la normativa común, dadas las especificidades profundamente diferenciadas entre ambos tipos de prestaciones.

b) El régimen especial significa que el contrato laboral que aquel contiene ha alcanzado un alto grado de evolución respecto del Derecho Laboral común, fundamentalmente en tres criterios: i) naturaleza intrínseca de la actividad (que *per se* y en forma objetiva la hace claramente diferente de las otras, no da pie a las interpretaciones subjetivas, caprichosas, maliciosas y hasta políticamente interesadas del poder de turno que emite las normas correspondientes); ii) variaciones sustanciales en la contraprestación de servicios (remuneraciones o compensaciones); y, iii) variaciones notorias en la prestación de servicios (jornada de trabajo). Nosotros nos permitimos utilizar otros once criterios diferenciadores, pero como resultan medianamente o menos importantes, los omitimos en esta ponencia.

c) El hecho de haber alcanzado un alto grado de evolución significa que necesariamente tiene que tener una clara y a veces abundante normativa o cuerpo normativo propio. Como en un régimen especial, dada sus particularidades, hay menos supletoriedad del Derecho Laboral común, necesariamente tiene que tener un cuerpo normativo, sea heterónomo (por intervención estatal) o autónomo (por intervención de la autonomía colectiva y sus reconocidos poderes de auto-organización, autonormatividad y autodefensa. Si la supletoriedad resulta abundante, entonces es falso que estemos frente a un régimen especial.

d) Como la prestación y la contraprestación aparecen bastante diferenciados en los regímenes especiales respecto del régimen laboral común público o privado, necesariamente ello termina por expresarse tambien en la regulación de los beneficios sociales de los trabajadores, que presentan particularidades que pueden resultar medianamente ininteligibles en el derecho común.

La prestación de servicios de la docencia universitaria constituye sin lugar a dudas un régimen especial por múltiples razones, de las cuales se nos ocurre mencionar provocadoramente solo algunas de ellas: i) tiene una regulación especial compleja donde en algunas de sus instituciones con frecuencia escasea la supletoriedad; ii) la naturaleza intrínseca de la actividad la hace claramente diferente a la naturaleza común de las relaciones de trabajo en el servicio público y privado; iii) el trabajo intelectual es intenso (como reza una canción romántica, (…) quererse "no tiene horario ni fecha en el calendario"; al menos nos referimos a los auténticos docentes), invisible, tiene una especie de aparentes "tiempos muertos", constituye una especie de sui géneris "suspensión imperfecta cuasi no intermitente" del contrato de trabajo, y, iv) hay claras diferencias en el aspecto de la contraprestación de servicios, pero al nivel de nuestro país con un desarrollo económico, social, presupuestal y político todavía incipiente, aún no se aprecian sus consecuencias en el reconocimiento de beneficios sociales diferenciados y con mayores criterios de justicia.

VI. REALIDAD Y PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA PERUANA

1. Partamos de la medicina y de la tipología de las edades. La edad cronológica (según fecha de nacimiento), no siempre va de acuerdo con la edad biológica (relacionada con el grado de envejecimiento), la edad psicológica (determinada por los rasgos psicológicos positivos y negativos de cada grupo de edad), y la edad social (marcada por circunstancias económicas, laborales y familiares); las tres últimas también se integran en la denominada edad funcional, donde la persona tiene autonomía en sus decisiones e independencia en sus actividades. A pesar de que las cuatro edades se interrelacionan, muchas veces se aprecia que las personas son viejas cronológicamente pero no lo son funcionalmente, y viceversa. En otro contexto, prologando

un libro Pajares Márquez nos dice: "La ancianidad no es equivalente a un apagamiento de la luz cognitiva, todo lo contrario, en la historia de la humanidad han existido viejos fabulosos como Miguel Ángel, Tiziano, Goethe, Víctor Hugo, Picasso, quienes en edad avanzada todavía tenían la lucidez mental que los llevaría a ser creativos en el crepúsculo de sus vidas. En la ciencia tenemos los casos de Darwin, Freud e Einstein"[9]. Guardando las distancias con los genios mencionados, por muchas razones, en la docencia universitaria la edad funcional es más significativa que la edad cronológica.

2. Luis David González nos ilustra que el envejecimiento es diferente a la senectud, el primero es el deterioro secuencial que ocurre en los seres vivos por efecto del tiempo de vida que incluyen debilidad, cambios en la composición bioquímica y mayor susceptibilidad a padecer enfermedades, la segunda es un proceso temporal que implica la pérdida de la capacidad celular de división, crecimiento y función, y que resulta incompatible con la vida, hasta terminar en la muerte. Hay también diferencias entre el envejecimiento normal (complejo habitual de diversas enfermedades y alteraciones que caracterizan a la ancianidad) y el envejecimiento satisfactorio o saludable (proceso con mínimos efectos perjudiciales para la salud, que no va acompañado necesariamente de enfermedad debilitante o de discapacidad; los componentes de este envejecimiento son el resultado de ausencia de enfermedad, compromiso con la vida y buena función física y cognitiva)[10].

3. Veamos ahora parte de la realidad nacional universitaria del profesorado a la luz de la lupa de la estadística. Las universidades peruanas han tenido un crecimiento desmesurado y anárquico, sin tener en cuenta las necesidades y los requerimientos nacionales. Según el I y II Censos Universitarios de 1996 y 2010, estas crecieron de 57 (28 públicas y 29 privadas) a 100 (35 públicas y 65 privadas), y los docentes de 25 795 a 59 085 (públicos: 21 439; privados: 37 651)[11].

(9) PAJARES MÁRQUEZ, Tito. "Prólogo". En: GONZÁLEZ NIEVES, Luis David; CONCEPCIÓN URTEAGA, Luis Alberto (coordinadores y principales autores). *Nociones de geriatría y gerontología*. Facultad de Medicina. Editorial Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 2014, p. VI.

(10) GONZÁLEZ NIEVES, Luis David. "Relaciones entre envejecimiento y enfermedad. ¿Cómo recoger la historia clínica del adulto mayor?". Ob. cit., pp. 37 y 38.

(11) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - ASAMBEA NACIONAL DE RECTORES. *II Censo Nacional Universitario 2010*. Principales resultados, Dirección Nacional de Censos y Encuestas, Lima, enero, 2011, diversas págs.

(Según la información proporcionada por la ANR para el 2011, que figura en la información de la publicación del último censo, las universidades públicas eran 37 y las privadas 68, con un total de 23 300 y 44 618 docentes, respectivamente)[12].

Al 2010, el total de docentes por condición contractual en las universidades peruanas arrojaban las siguientes cifras: 34,7 % ordinarios (73,4 % en la universidades públicas y 12,6 % en las privadas); 58,3 % contratados (20,6 % y 79,7 %, respectivamente); 0,6 % extraordinarios (0,3 % y 0,8 %, respectivamente). Por categoría docente, del total de profesores ordinarios eran: principales 7,034 (5472 en las universidades públicas y 1562 en las universidades privadas); asociados 7662 (6176 y 1486, respectivamente); auxiliares 5424 (4008 y 1486, respectivamente). Los profesores extraordinarios (eméritos, honorarios, investigadores y visitantes en todo el Perú eran solo 368 (68 en las universidades públicas y 300 en las privadas).

En cuanto a las edades por grupos etáreos tenemos los siguientes porcentajes: de 45 a más años representan el 55,3 % (71,8 % está en las universidades públicas y 45,9 % en las privadas, en un cuadro conexo el INEI señala que numéricamente los profesores que tienen de 45 a más años son 15,385 en las universidades públicas y 17280 en las privadas); de 40 a 44 años son el 13,5 %; de 35 a 39 años son el 13,3 %; y de menos de 35 años son el 17,5 %. En las edades mayores hay mayor porcentaje de hombres y en las edades menores mayor porcentaje de mujeres. Los docentes con estudios de posgrado concluidos al 2010 en todas las universidades peruanas solo son 2143 (961 en las públicas y 1182 en las privadas); los postgraduados en el extranjero solo son el 16,6 % del total (el 12,6 % están en las públicas y el 17,6 % en las privadas)[13].

La información del INEI nos provoca, por razones de espacio limitado, los siguientes apretados comentarios: i) Se nota la masificación y descualificación parcial de la docencia. Hay universidades por doquier y muchas no respetan los estándares de calidad requeridos, oriéntandose más a la formación en carreras vinculadas al sector

(12) En: <inei.gob.pe/estadísticas/indice-tematico/sociales>.

(13) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - ASAMBEA NACIONAL DE RECTORES. Ob. cit., pp. 103 a 123.

terciario de la economía que al sector secundario que es el que más genera progreso y desarrollo; ii) el abultado número de profesores puede dar la falsa imagen de abundancia; sin embargo, no hay que perder de vista que los profesores ordinarios apenas llegan a casi un tercio y los contratados a casi dos tercios del total, siendo de resaltar que la mayoría de ellos, al menos en las universidades privadas, tienen contratos a tiempo parcial y por bajo número de horas; iii) los profesores mayores de edad están sobre todo en las categorías de principales y asociados, por su mayor permanencia y progresión en la carrera; si bien es cierto no hay cifras estadísticas sobre este grupo de profesores (algunas entidades sindicales han publicado noticias señalando que son más de 2400 los profesores que ya tienen 70 o más años y van a ser despedidos con la nueva ley), en realidad no se puede precisar cuántos son los profesores de 70 a más años; iv) resulta deprimente y preocupante constatar que según la última información estadística censal, al interior de este último grupo solo tengamos 86 investigadores en total (16 está en universidades públicas y 70 en las privadas).

4. Los ingresos de la docencia universitaria son otra caja de pandora por lo siguiente: i) los profesores principales, asociados y auxiliares a tiempo completo perciben un ingreso bruto mensual de 6707,32, 3008 y 2008 nuevos soles respectivamente; ii) los que son tiempo parcial 20 horas perciben por categoría un ingreso bruto de 3353,66, 1504 y 1004 nuevos soles respectivamente; iii) los que son tiempo parcial 10 horas perciben 1676,83, 752 y 502 nuevos soles respectivamente[(14)], y adviértase que en este último grupo tenemos muy cualificados y competentes profesionales, jueces, fiscales, etc., que sufren indecibles maltratos y solo trabajan por altruismo y encomiable gratitud y desprendimiento que de ninguna manera justificamos porque constituye un claro atentado contra los derechos fundamentales. Los únicos que se podría decir están "más o menos" son los profesores principales a dedicación exclusiva o tiempo completo, los profesores de las demás categorías perciben sueldos miserables y tienen legítimas e incuestionables expectativas por el ascenso, cuya consecuencia es el conflicto interno entre los adultos mayores de 70

(14) Esta información, sobre todo de los profesores a tiempo parcial, se relativiza en función del siguiente dato estadístico: el 57,2 % y el 34,1 % de los profesores se dedica a otras actividades en las universidades privadas y públicas, respectivamente. Ibidem, p. 108.

años que no quieren jubilarse y los jóvenes que claman porque se vayan.

5. Consecuencia más grave para el profesorado adulto mayor son las pensiones de jubilación que pagan la Oficina de Normalización Previsional en la Ley Nº 19990 (mínima de S/. 415 mensuales y máxima de S/. 857.36 mensuales desde hace 13 años) y el Sistema Privado de Pensiones (AFP, cuyos pagos promedio apenas alcanzan a un cuarto y hasta un quinto del ingreso mensual percibido por los profesores activos)[15]. El de los profesores afiliados al D.L. Nº 20530 es un caso aparte porque pasarán al retiro con una pensión mayor que las anteriores, y será dificil pensar en su reemplazo hasta que haya plaza presupuestada, ya que se van con su pensión.

No hay que dejar de tener en cuenta que la docencia en la edad madura se supone ya logró sus objetivos de vida y tiene asegurada en regla general su vejez por otros medios, salvo que haya sido dispendiosa o no precabida con su propio futuro y el ocaso de la vida. Sin embargo, es justo reconocerlo, existen profesores que, no por falta de previsión, sino por su tipo de profesión se pasan la vida dentro de los claustros universitarios y resulta claro que con el drama del derecho pensionario enunciado son muy pocos los que quieren jubilarse, y cuanto más pase el tiempo más difícil será el futuro para las generaciones jóvenes.

VII. LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA LEY UNIVERSITARIA Nº 30220 PARA LA DOCENCIA DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA

1. Sinopsis histórica y tratamiento jurisprudencial

La derogada Ley Universitaria Nº 17417, promulgada por Velasco en 1969, prescribió en su artículo 78, incs. a) y c) que la jubilación de los profesores era "A los 70 años de edad, pudiendo continuar en sus funciones hasta el término del año académico", y "Por decisión voluntaria al cumplir 30 años de servicios al Estado". La ley que le siguió, Nº 23733, dada por Belaunde en 1983 y ya derogada,

(15) Los diarios informaron a mediados de agosto último que más del 60 % de los 73 683 pensionistas afiliados a las AFP reciben pensiones de jubilación menores al sueldo mínimo, y cerca del 27 % perciben menos de la pensión mínima de sobrevivencia de S/. 415 mensuales que otorga la ONP. Vide: diario *La República*, de 10 y 24 de agosto de 2014, pp. 2 y 3, en ambos ejemplares.

señaló en su artículo 52 que los docentes tenían derecho a: inciso g) "Los derechos y beneficios del servidor público y a la pensión de cesantía o jubilación conforme a ley", es decir, reconoció la supletoriedad de la legislación laboral común en dicha materia. En forma indirecta se refirió al D.L. Nº 276 y su reglamento. Los Estatutos de algunas Universidades fueron más explícitos y casi reprodujeron las normas del D.L. Nº 276.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 10/12/1999 (Exp. Nº 549-99-AA/TC) declaró fundada la demanda y la inaplicación de la resolución rectoral pertinente, en la acción de amparo interpuesta por el profesor César Enrique Orrego Espinoza contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por haberlo despedido arbitrariamente al cumplir 70 años de edad mediante Resolución Rectoral. Por su importancia, reproducimos sus principales fundamentos:

a) Que se había aplicado erróneamente el inc. a) del art. 35 del D.L. Nº 276 e inc. a) del art. 186 del D.S. Nº 005-90-PCM, porque las normas sobre cese definitivo de un servidor público que cumpla 70 años no es aplicable a los profesores universitarios, ya que según el art. 70 de dicho D.L. este solo alcanza al personal administrativo de las universidades públicas;

b) "Al ser la docencia universitaria una función de características especiales como son la investigación, capacitación permanente, transmisión de conocimientos y de alta dirección, **la ley universitaria ha establecido un régimen laboral y remunerativo peculiar para sus profesores, en el que no se contempla el cese por límite de edad en la función docente**, por lo que no es aplicable el artículo 136 del Estatuto de la UNMSM por reglamentar *extra legem*, esto es un asunto no previsto en su ley, así como tampoco el inc a) del artículo 135 del D.L. Nº 276 (…)" (el resaltado es nuestro).

c) Que por razones de edad no se puede privar a un docente de ejercer la cátedra, cuando "es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico, o de desarrollar funciones administrativas, así como las funciones de alta dirección que por ley le corresponden en el ámbito de sus responsabilidades académicas".

Toyama y Rivera, comentando la sentencia precedente sostienen en síntesis lo siguiente: considerar la jubilación como causa de extinción obligatoria y no

voluntaria del contrato implicaría que se está brindando mayor preponderancia a la política de empleo y de redistribución del trabajo, de modo que la jubilación ya no sería entendida como un derecho en sí, sino una política de Estado que sacrifica el interés individual del trabajador por el interés grupal y se limita el derecho al trabajo de un grupo de personas para garantizar el mismo derecho a otro sector; la jubilación obligatoria se basa en la presunción *iures et de iure* de que cumplida la edad requerida el trabajador deviene incapaz para el desempeño de sus funciones profesionales, concepción que es extremadamenete rígida porque una edad legalmente establecida para una actividad ocupacional podría ser muy tardía en algunos casos y muy temprana en otros, Además la incapacidad ya está prevista en la ley como causa de despido, corriendo la carga de la prueba a cargo del empleador, con lo que la rigidez de la jubilación automática y la presunción *iures et de iuri* (presunción de derecho) pasa a ser una presunción *iuris tantum* (presunción sometida a prueba), la cual resulta más adecuada a la naturaleza compleja de las relaciones laborales; la jubilación es un derecho que implica también libertad, por lo que si se ejecuta de manera obligatoria se estaría afectando la autonomía de la voluntad del grupo de personas al cual en vez de proteger se le estaría desprotegiendo, sin tener en cuenta que una verdadera acción protectora tiene como objetivo la promoción e incentivo de prolongación de la vida laboral de los trabajadores de edad avanzada; y, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que la jubilación obligatoria y automática era claramente inconstitucional, por vulnerar derechos constitucionalmente reconocidos, como el derecho al trabajo, a la igualdad ante la ley, al trabajo, a no ser discriminado por ningún motivo y a la libertad de creación intelectual(16). Sin embargo, señalan también que la declaración de inconstitucionalidad es flexible porque en otras sentencias, como la recaida en el Exp. Nº 1502-2001-AA/TC, estableció como válida la jubilación obligatoria automática, basando su constitucionalidad en el régimen jerarquizado de los magistrados del Poder Judicial, que sería el criterio objetivo de diferenciación(17).

Los autores precitados hacen mención a una sentencia del Tribunal Constitucional español de años atrás que declara la jubilación forzosa como una figura

(16) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge; RIVERA UGARTE, Jeimy. "Jubilación obligatoria. Los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 68, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2004, pp. 51-63.

(17) En el Exp. Nº 1502-2001-AA/TC, un Vocal titular de la Corte Superior de Junín fue cesado por cumplir 70 años y solicitó la inaplicación de la resolución de cese y su reposición en el trabajo amparando su demanda en las Leyes Nºs 26623, modificada por la Ley Nº 27175, que estableció la edad de cese definitivo de los magistrados y fiscales supremos en 75 años, ley que fue derogada por la Ley Nº 27175. En el Exp. Nº 3572-2005-PA/TC-Cajamarca, se declaró infundada la demanda del Presidente de la Comisión Organizadora y de Gobierno de la Universidad Particular Antonio Guillermo Urrelo, quien tenía un contrato a plazo fijo y sin que este venza todavía fue despedido a los 70 años, por considerar los juzgadores que sus funciones fueron administrativas y no docentes.

constitucionalmente correcta, debido a que no vulnera derechos fundamentales ni establece desigualdades, pues todas las personas que cumplan la edad requerida van a encontrarse en la misma situación, salvo acuerdo de partes, y que la igualdad solo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que en este caso viene a ser la edad. Para Montoya Melgar, citado por ellos, este razonamiento no resulta convincente y lleva a la ilógica conclusión de que cualquier trato diferencial en razón de edades distintas es objetivo y se encuentra justificado.

Como se puede apreciar de las sentencias precedentes el tema en cuestión realmente resulta técnica y académicamente muy controvertido, no solo en el Derecho nacional, sino internacional. Por razones de espacio, nos permitimos señalar solo puntualmente que nuestra posición personal es que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso de la UNMSM es parcialmente correcta, estamos de acuerdo con los tres fundamentos sintetizados y vertidos "supra" (precisando que la actividad fundamental de un docente es la investigación y la enseñanza, mas no la administración ni el desempeño de funciones de alta dirección, salvo que estas se refieran con suma claridad al ámbito de las responsabilidades académicas), estamos también de acuerdo en que la fijación de la jubilación obligatoria a los 70 años es también claramente inconstitucional y esto debe ratificarse en las próximas sentencias de inconstitucionalidad en actual trámite procesal; sin embargo, el Tribunal yerra clamorosamente a no haber señalado otra edad mayor para la jubilación de la docencia, ya que gracias a dicha sentencia ahora tenemos algunos profesores incluso mayores de 80 años que no cumplen su obligaciones adecuadamente ni pueden hacerlo, por múltiples razones que nuestros lectores deducirán.

2. La edad de jubilación en la Ley Nº 30220

En los antecedentes de la nueva Ley Universitaria se observa lo siguiente:

a) El Proyecto de ley remitido al Congreso de la República por la Comisión de Educación del Congreso de la República, en una de sus primeras versiones, al referirse al periodo de evaluación para el nombramiento de los profesores odinarios prescribía en la la parte final del artículo 80: "Los docentes ordinarios y eméritos, no cesan por límite de edad en la función docente, excepto por incapacidad física o mental probada".

b) Los posteriores Proyectos Sustitutorios presentados para el debate parlamentario cambiaron dicho artículo, primero estableciendo el

cese indefectible al cumplir los 70 años de edad, con excepción de los docentes eméritos que luego de producido su cese podían seguir prestando sus servicios ante solicitud expresa de la universidad (art. 80 del Proyecto presentado en mayo de 2013), luego cambiaron de posición y comenzaron a sostener que la edad máxima era de 70 años, pudiendo continuar como profesores extraordinarios (textos ingresados con fechas 12/12/2013 y 26/06/214).

El artículo 84 de la Ley Nº 30220, prescribe en uno de sus párrafos: "La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad solo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargo administrativo". Esta regulación nos sugiere los siguientes comentarios:

a) En principio, es claramente inconstitucional. Nuestros congresistas han dejado de lado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto, que constituye fuente del derecho y con toda seguridad será declarado así cuando se resuelva la acción de inconstitucionalidad que cuestiona este extremo.

b) Es inconstitucional en el sentido de que no respeta el carácter de régimen especial de la docencia universitaria y equipara su edad de jubilación a la del resto de servidores públicos, ya que erróneamente se está privilegiando la edad cronológica por sobre la edad funcional e introduciendo una discriminación que no respeta diferencias objetivas y razonables en el ejercicio de las funciones ocupacionales. Nos aventuramos a sostener con firmeza que la norma no sería inconstitucional si es que consagrara una edad mayor para la jubilación, que en nuestro criterio debería ser de 75 años, dejando abierta la posibilidad de poder continuar trabajando por pacto en contrario. De ese modo, ya no estaríamos frontalmente expuestos a la figura que la doctrina denomina "jubilación guillotina", sino a una mixtura de una jubilación obligatoria y/o consensuada. Un profesor que haya demostrado durante su ejercicio excelencia académica en todos los sentidos va a ser un lujo para la universidad y esta, si tiene autoridades éticas, institucionalistas y amantes de la verdadera sabiduría, no querrá deshacerse de él. Todo esto, en nada impide la aplicación de la causal de extinción del contrato denominada incapacidad física o mental debidamente comprobada por los organismos de salud autorizados por ley, en cualquier etapa del desarrollo de la prestación.

VIII. LA EDAD DE JUBILACIÓN PARA LA DOCENCIA UNIVERSITARIA DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

1. Sinopsis histórica y tratamiento jurisprudencial

La docencia universitaria en el régimen laboral de la actividad privada, casi siempre ha tenido un tratamiento bivalente porque en ciertos casos se le ha aplicado la ley universitaria en algunas de sus disposiciones, y en otros la legislación laboral privada. Este equilibrio, a veces justificado y a veces convencional se descompensó con la emisión de una norma claramente flexibilizadora que es el Decreto Legislativo Nº 882 (1996, Fujimori), denominado Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación, en cuyos artículos 1 y 6 no solo extendía su aplicación a las universidades y escuelas de posgrado particulares, sino que establecía el personal docente y los trabajadores administrativos en relación de dependencia se regían exclusivamente por las normas del régimen laboral de la actividad privada.

Con relación al tratamiento jurisprudencial, son de resaltar la sentencia Casatoria Nº 166-2001-Ica, del 27/04/2001, emitida por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, que declaró nula una sentencia de la instancia anterior, señalando que la Sala Superior dio a la norma alcances que no tenía y desnaturalizó su texto, ya que la excepción a la aplicación de la jubilación automática por cumplir 70 años, vía pacto en contrario, no podía ser tácita, sino expresa, de modo que de continuar la relación laboral a posteriori (más allá de los 70 años), sin declaración de voluntad del empleador no existe despido arbitrario[18].

También es de resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. Nº 1485-2001-AA/TC, del 11/09/2002, donde el rector de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo cesó a don José Leoncio Matos Sotelo en sus funciones de docente ordinario en la categoría de auxiliar por haber cumplido los 70 años de edad, según dispone su Estatuto. El Tribunal declaró fundada la demanda con los siguientes argumentos principales: a) Este caso es similar al que ocurrió en la Universidad de San Marcos, contenido en el Exp. Nº 594-99-AA/TC,

(18) En la Casación Nº 2501-2009-Ica, del 15/01/2010, la SDCS Permanente de la Corte Suprema de Justicia estableció que el pacto en contrario puede extinguirse en cualquier momento, por simple decisión unilateral del empleador de aplicar la causal. Nos parece que el sentido de la casación está bien si el pacto es tácito, pero no si es expreso, porque de ser así tendría que respetarse lo pactado; de ese modo, extendiendo la reflexión, si se pretende extinguir el contrato pactado expresamente tendría el empleador que dar carta de preaviso de despido y el trabajador presentar su carta de renuncia.

por lo que dicha sentencia tiene fuerza vinculante por contener criterios generales y específicos sobre la jubilación de los docentes; b) La jubilación es un derecho y es el trabajador quien decide cuándo debe retirarse, porque no puede o no desea seguir trabajando, criterio potestativo que no compatibiliza con la figura de la "jubilación guillotina" que opera obligatoria y automáticamente sin contar con la anuencia del trabajador; y, c) La Ley Nº 23733 no contempla el cese por límite de edad en la función docente.

2. Normativa aplicable (D.S. Nº 003-97-TR, Ley Nº 30220 y disposiciones conexas

Por pertenecer al régimen laboral privado es de aplicación el TUO del D.L. Nº 728 (D.S. Nº 003-97-TR), que en sus artículos 16 y 21 desarrolla las causas de extinción del contrato y señala en su último párrafo que: "La jubilación es obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario".

También se aplicaba el D.L. Nº 882, pero la Ley Nº 30220, en su única disposición complementaria derogatoria ha dejado sin efecto parcialmente dicho decreto en lo que respecta al ámbito universitario, con excepción de los artí 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, que casi en su totalidad se refieren a aspectos tributarios e impuesto a la renta, pero nos parece deja en el limbo de la indefinición la aplicación total o parcial del régimen laboral a sus profesores, ya que dentro del cap. XII, referido a la universidad privada, artículo 122, párrafo *in fine*, prescribe que el Estatuto de cada universidad privada define el proceso de selección, contratación, permanencia y promoción de sus docentes, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 80 y 82 de dicha ley (que solo se refieren a las categorías profesorales y a los requisitos para el ejercicio de la docencia).

IX. CRITERIOS Y JUSTIFICACIONES RAZONABLES PARA QUE LA EDAD DE JUBILACIÓN NO SEA A LOS 70 AÑOS, SINO A LOS 75 COMO MÁXIMO

1. Para los fines de este trabajo importa tener en cuenta que con el auxilio de las ciencias médicas se ha descubierto que la edad cronológica no siempre va de la mano con la edad funcional (biológica, psicológica y social). Esto es muy importante para la docencia universitaria porque en regla general la edad funcional es más significativa que la edad cronológica, por razones económicas, culturales, pedagógicas

y de calidad de vida gracias a un menor desgaste físico de los trabajadores intelectuales.

2. En regla general, un docente universitario llegado a la tercera edad está más próximo a tener un envejecimiento satisfactorio.

3. En regla general, la lucidez mental y la productividad del docente universitario se mantienen, se fortalecen y a veces hasta se acrecientan con el avance de los años, siempre y cuando este se estime a sí mismo y sea conciente de su responsabilidad y su rol social en el logro de los sagrados objetivos de la educación universitaria.

4. Si el docente universitario, en regla general, sin mayores problemas puede mantenerse activo más allá de los setenta años, no es una política educativa realista y razonable frustrar sus expectativas y licenciarlo condenándolo al suplicio de tener que soportar vejámenes en su dignidad y en su derecho a la salud y a la vida por culpa de sistemas pensionarios deshumanizantes y deshumanizados donde se otorgan pensiones de jubilación o de vejez insultativas y miserables.

5. De todos modos debe haber una edad máxima de jubilación. La grave situación actual que afrontan los países en aspectos sociológicos, económicos, financieros, políticos, estadísticos, médicos, estructurales y otros, nos lleva al convencimiento que la jubilación no se puede dejar al libre albedrío del trabajador porque a sabiendas de que sus ingresos pensionarios serán magros y en muchos casos hasta por debajo de los sueldos mínimos, ellos no se jubilarían y preferirían morir en su trabajo para no ver reducir sus ingresos. Por eso nosotros asumimos una tesis mixta para la jubilación de la docencia: obligatoria a los setenticinco años, y consensuada vía pacto en contrario a partir de dicha edad, sin perjuicio de que si se jubilan sigan trabajando como profesores extraordinarios cuando corresponde y tienen derecho.

X. PERSPECTIVAS SOLUTORIAS

1. Frente al drama de la revolución demográfica mundial deviene en falsa la lucha entre las generaciones de jóvenes y adultos mayores. Si observamos holísticamente el problema no hay intereses

contrapuestos intergeneracionales, los quinquenios y las décadas pasan rápido, el hoy de los adultos mayores será el mañana de los jóvenes. No es racional, conveniente ni estratégico ponerse hoy en la trinchera de la jubilación obligatoria y automática a los 70 años, y dentro de poco pasarse a la trinchera contraria. Hay que mirar con inleligencia y frialdad los "corsis y recorsis de la historia" y emprender una lucha conjunta para que en los nuevos escenarios planetarios podamos encontrar en lúcida simbiosis la armonización de la realidad con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. El artículo 84 de la Ley Nº 30220 es inconstitucional, en concordancia con las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente comentadas. Esperamos que dicho órgano de control, con sus nuevos integrantes, declare fundadas las demandas que se refieran a este extremo, con lo cual la jurisprudencia obtendrá una nueva victoria ante la ley. Pero eso demorará algunos meses y mientras tanto ya hay despidos arbitrarios de docentes que han cumplido 70 años, y los seguirá habiendo próximamente. ¿Qué hacemos si el TC declara la constitucionalidad del artículo 84 de la ley? La norma está dada y hay que hacerle frente. Después de ello la primera tarea sería buscar la reforma del artículo 84 de la ley enarbolando nuestra propuesta, si es compartida, u otras que se estimen mejores.

3. Sin embargo, en lo inmediato, es un hecho ya hay y habrán demandas sobre acciones de amparo en la vía constitucional, acciones ordinarias en la vía laboral, otras seguirán la vía interna y algunas probablemente el proceso contencioso administrativo, según los casos, solicitando la nulidad del despido y la reposición, el pago de las remuneraciones devengadas y beneficios sociales, indemnización por despido arbitrario, etc., a las cuales los órganos de administración de justicia tendrán que dar respuesta.

4. Si la ley persiste se aplicará a los docentes que tienen menos de 65 años de edad al 10/08/2014, fecha de vigencia de la Ley Nº 30220, la teoría de los hechos cumplidos. A los que ya cumplieron 65 años o más hasta el 09/08/2014, y de todas maneras los despiden, se les aplicará la teoría de los derechos adquiridos, esto es, deberán demandar en este caso aduciendo en su defensa los principios protector en su subclase de condición más beneficiosa o "sucesión in peius"

(sucesión de desmejora entre la norma anterior que era más favorable y fue derogada por una norma posterior que es menos favorable), de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación. La condición más beneficiosa se produce porque en los hechos concretos la norma 1 (sentencias del TC que en este caso es fuente del Derecho) ha sido derogada o dejada de lado por la norma 2 (Ley Nº 30220), por lo que las sentencias funcionan ultractivamente a favor de todos los docentes que ya contaban con 65 años al 10/08/2014, ya que esa es la condición que tiene que cumplirse para poder aplicar dicha condición. Para los docentes universitarios del régimen laboral privado también funciona el criterio precedente.

XI. CONCLUSIONES

Primera.- EL envejecimiento de la población mundial y latinoamericana se convertirá en un drama en los próximos años. Al 2015 los mayores de edad serán cerca del 15 % de la población mundial y al 2050 serán más del 20 % (un quinto del total), las ¾ partes de dicha población estará ubicada en los países en desarrollo. En ALC la población envejece a mayor velocidad que otras regiones del mundo, en 30 años alcanzará el nivel de envejecimiento que a Norteamérica y Europa le costó 100 años alcanzar. Frente a esa oscura perspectiva, la ONU y otros organismos internacionales sugieren la adopción de múltiples políticas y medidas para la tercera edad, dentro de las que destacan: la conveniencia de no rebajar la edad de cese, contratación y jubilación flexible, aplazamiento voluntario de aquella, trabajo a tiempo parcial, incentivos y premios para las empresas por seguir ocupando a este grupo etáreo, etc.

Segunda.- En la segunda década del siglo XX, cuando se creó la OIT, no existían problemas poblacionales significativos y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social eran embrionarios, acordes con el desarrollo del sistema capitalista, incluso la previsión social surgió como un apéndice del D.T. Las preocupaciones de la OIT sobre la tercera edad empezaron a manifestarse con amplitud primero en el campo de las pensiones de vejez o jubilación (ver sobre todo Recomendación 67, 1944, Convenio 102, 1952, Convenio 128, 1967), no había mayores preocupaciones por la edad mayor como causa de discriminación ni de extinción del contrato de trabajo, las que surgieron en el interregno y sobre todo a fines de la década del cincuenta y las siguientes (fundamentalmente Convenio 111, 1958, Recomendación 162, 1980). Modernamente arrecia el debate, incluso en el corazón

de la OIT, sobre si la jubilación debe ser obligatoria o automática a cierta edad o hay que liberalizar su regulación de acuerdo a la realidad concreta de cada país.

Tercera.- En el régimen laboral de la actividad pública desde los años 50 estuvo claro que la jubilación era facultativa a los 60 y forzosa a los 70 años para los servidores públicos. El D.L. Nº 276, de 1982, por medio de sus disposiciones transitorias se declaró supletorio a los regímenes laborales especiales en lo que no se oponga a aquellos. De allí que las reglamentaciones especiales en varios casos se han sometido a dicho D.L., aun cuando su propia ley no abordaba dicha particularidad. La LSC Nº 30057 reiteró que la jubilación de los servidores públicos es facultativa a los 65 años y obligatoria a los 70, con excepción de los funcionarios públicos de órganos colegiados de asistencia temporal y que reciben dietas y de las carreras públicas expresamente listadas, dentro de ellas la docencia universitaria. En el régimen laboral privado, el D.S. Nº 003.97-TR reguló por primera vez en forma sistemática las causales de extinción del contrato, incluida la jubilación, facultativa a los 65 y obligatoria a los 70 años. En este aspecto hay gran similitud en ambos regímenes laborales, con la diferencia de que solo en el Sector Privado la jubilación puede ir después de los 70 años si es que hay pacto en contrario.

Cuarta.- La docencia universitaria tiene un régimen especial de trabajo, sea en el Sector Público como en el privado, por las siguientes principales y apretadas razones: ha alcanzado un alto o más o menos significativo grado de evolución frente al derecho laboral común; tiene una regulación especial en algunas de cuyas instituciones se flexibiliza o decae la supletoriedad; la naturaleza intrínseca de la actividad la hace particularmente diferente frente a otros vínculos contractuales en el Sector Público; implica un trabajo intelectual intenso, invisible, de aparentes tiempos muertos, ya que si el docente no estudia e investiga no podría hacer auténtica proyección social; presenta claras diferencias en las instituciones de la prestación (jornada de trabajo) y en la contraprestación de servicios (remuneración).

Quinta.- La edad de jubilación obligatoria a los setenta años consagrada en el artículo 84 de la Ley Nº 30220 es inconstitucional por aplicación de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional peruano recaídas en un caso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y otro de la Universidad Los Andes de Huancayo, donde se dispuso que dos profesores despedidos por haber cumplido setenta años en el régimen laboral de la actividad pública y privada, respectivamente, sean repuestos en sus trabajos por haberse atentado contra los derechos fundamentales relativos al trabajo, la protección adecuada contra el despido arbitrario, igualdad ante la ley y libertad de creación intelectual. Dichas sentencias son vinculantes y tomaron distancia de lo que en la doctrina se ha llegado a denominar

"jubilación guillotina", porque se considera que esta es un derecho y debe ser elegido en libertad por su titular, cuando lo estime conveniente.

Sexta.- Tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional el tema de la jubilación obligatoria y automática al cumplir los sestenta años de edad o los que la ley determine según cada categoría ocupacional, así como el de la jubilación potestativa al libre albedrío del trabajador y sin cortapisas impositivas es técnica y académicamente muy controvertido. Hay quienes sostienen que la jubilación forzosa es constitucionalmente correcta y no vulnera derechos fundamentales porque responde a polìticas de Estado sobre empleo y redistribución del trabajo, que es necesario sacrificar el interés individual por el grupal con el fin de compulsar los derechos de las generaciones jóvenes, ya que frente a un conflicto de derechos fundamentales contrapuestos tiene que buscarse equilibrarlos usando los test de proporcionalidad y de razonabilidad.

Sétima.- Teniendo en cuenta la realidad demográfica, médica, sociológica, económica, financiera y estructural del empleo y la ocupación en nuestro país y el entorno mundial, estamos a favor de una tesis mixta para el caso de la docencia universitaria. Por tratarse de un régimen especial donde se ha demostrado que debe extenderse prudencialmente la edad de jubilación más allá de los 70 años por las especiales condiciones en que esta categoría laboral llega a esa década, esa edad de jubilación obligatoria para la docencia, a nuestro modo de ver y con cargo a estudios multi e interdisciplinarios financiados por el Estado que le den mayor rigor a nuestra proposición, debe ser de setenticinco años, salvo pacto en contrario. Con ello tenemos una combinación de tesis de extinción del contrato, de tal forma que si no hay pacto en contrario de todos modos el docente se despide de su centro de trabajo, salvo que pase a ser docente extraordinario, tal como lo ha establecido la Ley Nº 30220. Así armonizamos las tesis de jubilación forzosa con jubilación consensuada.

EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

LUZ PACHECO[1]

Uno de los puntos neurálgicos de la regulación del trabajo es el de la estabilidad en el empleo que, desde una perspectiva jurídica, se refiere a la mayor o menor capacidad del empleador para poner fin al contrato de trabajo en forma unilateral. La otra, de tipo macroeconómico, se refiere –más bien– a la capacidad de mantener los puestos de trabajos en un mercado competitivo y globalizado. Indudablemente ambos aspectos son importantes para el Derecho del Trabajo para lograr la meta del *trabajo decente* propuesta hace ya varios años por la OIT, ya que un sistema excesivamente protector del derecho al puesto de trabajo puede traer como consecuencia que se mantenga en el empleo a personal que no rinde lo suficiente para hacer frente a las dificultades del mercado, lo cual traerá consigo inevitablemente la pérdida del empleo no solo para ese trabajador sino para todos aquellos que laboren en una empresa que no sea capaz de competir en un mercado de tipo liberal, en el que la ley de la oferta y la demanda parece tener la última palabra para determinar la subsistencia de una organización con trabajadores a su servicio.

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Título de conciliador a nombre de la nación. Profesora ordinaria principal de la Universidad de Piura en las asignaturas de Derecho del Trabajo y de Argumentación Jurídica en campus Lima. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la misma Universidad y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho en campus Lima.

La inmediatez de las comunicaciones permite advertir que los litigios, tanto laborales como de otras cuestiones jurídicas, van en aumento. Corresponde a los tribunales solucionar las situaciones de conflicto con criterios de equidad, ya que la justicia es el presupuesto de la paz y de la inclusión social, así como del buen clima laboral. En esta tarea se deben tener en cuenta, no solo los precedentes vinculantes constitucionales, sino también los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional, porque tal como lo establece el Código Procesal Constitucional: "Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"(2).

La investigación que se ofrece a continuación pretende acercar al iuslaboralista algunos conceptos propios del Derecho Constitucional, que son herramientas indispensables para el buen hacer jurídico, ya sea como abogados, magistrados, estudiantes o profesores de Derecho del Trabajo. Con este fin, se precisarán los alcances normativos de las sentencias del Tribunal Constitucional en general, para luego identificar qué se entiende por argumentos del tipo *ratio decidendi y obiter dicta,* así como su función en la jurisprudencia constitucional y, en particular, de los precedentes vinculantes, para culminar con algunas normas adscritas al texto constitucional por los precedentes en materia laboral.

I. EL ALCANCE NORMATIVO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hemos adelantado, en las líneas introductorias que, por mandato del Código Procesal Constitucional, los jueces han de interpretar y aplicar todas las normas, incluyendo los reglamentos, en conformidad con la interpretación que de los preceptos y principios constitucionales realice el Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

El primer punto a dilucidar es qué se entiende por "resoluciones del Tribunal Constitucional" (sic). De acuerdo a lo establecido en el artículo 20 del Código antes mencionado, ha de incluirse todo *pronunciamiento* de ese Tribunal puesto que, al dirimir la cuestión litigiosa que conoce, interpreta los alcances de los

(2) Título Preliminar, artículo VI. Las cursivas no son del original.

derechos fundamentales y la adecuación o no a la Constitución de la interpretación propuesta por las partes(3).

La Constitución, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, es un conjunto de enunciados lingüísticos, que son calificados como disposiciones normativas, que se convierten en normas al ser interpretadas por el Tribunal Constitucional(4). Y serán esas interpretaciones las que, con efecto cascada, se extenderán a los demás magistrados y operadores jurídicos. A su vez, la interpretación constitucional no solo convierte en *normas* en sentido estricto a aquellas que se encuentran directamente estatuidas, es decir, las recogidas en el texto constitucional, sino que es capaz de adscribir otras normas como resultado de su labor(5).

Ahondando en estos conceptos se pueden definir las normas directamente estatuidas como aquellas que fluyen directamente del texto constitucional considerado como una unidad, teniendo en consideración los criterios literal y sistemático(6). Estas normas, por lo general, tienen una estructura abierta e indeterminada, que exige ser concretada para que sus disposiciones puedan operar efectivamente. Son ejemplo de este carácter abierto los artículos primero y la mayor parte de los incisos del artículo segundo de la Constitución, ya que es necesario delimitar qué se entiende por dignidad o por integridad moral, libertad de conciencia o religión, etc., en los casos determinados. En cambio, el inciso e) del mismo artículo segundo tiene una operatividad inmediata al establecer que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad o el inciso f) cuando señala un plazo de veinticuatro horas para poner al detenido a disposición judicial(7).

En resumen, para la operatividad de las disposiciones normativas de la Constitución que sean de carácter abierto es necesario concretar el mandato

(3) "Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo".

(4) Cfr. GUASTINI, Riccardo. "Disposición vs. Norma". En: Susanna y Escudero Pozzolo, Rafael (editores). *Disposición vs. Norma*. Palestra, Lima, 2011, pp. 133-156; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional.* Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 17.

(5) Sobre las normas directamente estatuidas y las adscritas al texto constitucional, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 63-73.

(6) La Constitución debe interpretarse como un "todo" armónico y sistemático. Cfr. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, f. j. 12a.

(7) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, pp. 17-20.

constitucional. Esa concreción viene a ser una interpretación que, cuando es realizada por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, crea una norma adscrita a la norma constitucional directamente estatuida. Su naturaleza jurídica será la misma que la de la norma constitucional directamente estatuida(8). En otras palabras, la vinculación jurídica que caracteriza a la norma adscrita es la misma que la de la directamente estatuida.

Sin embargo, no puede silenciarse que por tratarse de interpretaciones realizadas por seres humanos, que son siempre falibles, algunas de ellas si bien son formalmente constitucionales, porque han sido formuladas por el Tribunal Constitucional, no lo son materialmente porque la interpretación realizada no se realiza conforme a los demás contenidos de la Constitución, en otras palabras no tiene una fundamentación constitucional correcta(9). Entre los muchos ejemplos que podrían citarse, remito únicamente a la interpretación realizada por el TC, obligatoria durante varios años, según la cual se debía equiparar la irrenunciabilidad de los derechos laborales con su imprescriptibilidad(10). Afortunadamente el Tribunal rectificó esta interpretación materialmente inconstitucional cuando reconoció que la irrenunciabilidad hace referencia a la "naturaleza inalienable en su condición de bienes fuera de la disposición, incluso llegado el caso, de sus propios titulares (por ejemplo, no podría argumentarse válidamente que un trabajador "ha renunciado" al pago de sus haberes)"(11). Y que la prescripción es una sanción impuesta "al titular de un derecho que, tras su agresión, no ejercita el medio de defensa en un lapso previsto normalmente en la ley"(12).

Como bien ha señalado la doctrina constitucional, la realidad de que el TC haya formulado y sea capaz de volver a "formular normas materialmente inconstitucionales, exige admitir que el mencionado Tribunal, aun teniendo la posición jurídica que tiene, es capaz de incurrir en inconstitucionalidades, y no solamente

(8) Cfr. Ibídem, pp. 20-22.

(9) Sobre esta cuestión ver la fundamentada explicación que realiza el autor antes mencionado sobre la falsa antinomia creada por el TC en el fundamento jurídico 25. b. del Exp. Nº 1333-2006-PA/TC con relación al supuesto derecho de reingreso a la carrera judicial de los magistrados no ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Cfr. Ibídem, pp. 285-300.

(10) "(...) habida cuenta de que los actos por los que se reclama tutela se encuentran asociados a derechos constitucionales de contenido laboral, debidamente adquiridos al amparo de la Constitución de 1979, por lo que su contenido es irrenunciable y, por ende, imprescriptible, conforme al artículo 57 de dicha Carta (...)". Exp. Nº 1183-2001-AA/TC, f. j. 2.

(11) Exp. Nº 04272-2006-AA/TC, f. j. 5.

(12) Loc. cit. Sobre estas cuestiones remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de derechos laborales". En: *Asesoría Laboral*. Nº 249, 2011, pp. 15-25. y PACHECO ZERGA, Luz. "La prescripción de los derechos laborales". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 125, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 245-252.

en las interpretaciones de la Constitución, sino también en las decisiones construidas sobre interpretaciones constitucionales"[13].

Asimismo, conviene dejar anotado que este carácter preceptivo de las normas adscritas materialmente inconstitucionales tiene, al menos, tres excepciones que liberan de su obligatoriedad[14]: a) cuando contradice de manera manifiesta alguna exigencia de justicia constitucionalizada y no existe razón alguna para su constitucionalidad o, de haberla, es tan débil que es fácilmente refutada; b) si la norma adscrita es contraria a las exigencias de justicia positivadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos declaradas como tales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que la decisión de esta sea manifiestamente contraria a dicha Convención; c) cuando en un caso concreto un juez considere que es posible una interpretación distinta que proteja más y mejor un derecho fundamental en ese supuesto[15].

El segundo y último punto de este apartado es el referido al grado de obligatoriedad de los pronunciamientos del TC[16]. Es necesario recordar que toda interpretación que realice el TC se convierte en una norma adscrita a la Constitución, por lo tanto, para un sector importante de la doctrina constitucional, a la que nos hemos referido en los párrafos anteriores, y para el mismo TC, son vinculantes tanto su jurisprudencia como los precedentes vinculantes[17], aunque exista entre ellas una diferencia de tipo formal. La razón, expresada por el mismo Tribunal es que en el precedente vinculante[18] el TC "ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto"[19] y en el resto de jurisprudencia

(13) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, p. 25.

(14) Cfr. Ibídem, pp. 26-31.

(15) Exp. Nº 4853-2004-PA/TC, f. j. 16.

(16) La doctrina constitucional distingue diversos tipos de sentencias que han surgido como consecuencia de su labor indirectamente legislativa, por su condición de más alto intérprete de la Constitución. De entre ellas ocupa un lugar destacado las denominadas sentencias "manipulativas", que son aquellas que, por la interpretación realizada logran armonizar el contenido inconstitucional de algunas disposiciones normativas, subordinándolas a la Constitución. Sobre los límites de este tipo de sentencias y las demás clasificaciones realizadas por la doctrina jurídica ver HAKANSSON NIETO, Carlos. "Los principios de interpretación y los precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". En: *Dikaion*. Nº 18, 2009, pp. 55-77.

(17) Cfr. Exp. Nº 3741-2004-AA/TC, f. j. 43.

(18) "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente". Artículo VII.

(19) Exp. Nº 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 43. Lamentablemente son pocas las ocasiones en que ha formulado expresamente la regla material o la formal, tal como hizo en el Exp. Nº 06423-2007-PHC/TC.

corresponderá a los operadores jurídicos concretar el contenido normativo a partir de los enunciados prescriptivos contenidos en las sentencias del TC[20].

II. LA *RATIO DECIDENDI* Y LOS *OBITER DICTA* DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA EN LOS PRECEDENTES VINCULANTES

De acuerdo al artículo VII del Código Procesal Constitucional las sentencias del TC Constitucional cuando adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante. Para ello es necesario que así lo exprese la sentencia y que señale "el extremo de su efecto normativo". Asimismo, establece que el TC puede resolver apartándose del precedente, pero en ese caso "debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente". Por tratarse de una norma, debe ser publicada para que pueda ser obligatoria: se cumple con este requisito tanto si es publicada en la página web del Tribunal como si aparece en el diario oficial *El Peruano*. El precedente puede establecer tanto porque el TC califica con este término la concreción normativa, como si únicamente hace una remisión al art. VII del Código Procesal Constitucional. El precedente puede ser toda la sentencia o solo algunos de sus fundamentos.

El TC distingue dos partes en una sentencia constitucional: i) el fallo que contiene la decisión de la demanda constitucional presentada; y, ii) los fundamentos jurídicos que anteceden al fallo. Son estos últimos los que recogen los distintos criterios de interpretación de la Constitución que formula el Tribunal Constitucional y que luego serán exigidos a todos los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial[21].

La parte de la sentencia que contiene las interpretaciones está compuesta, a su vez, por dos elementos: la *ratio decidendi*, y los *obiter dicta*[22]. La *ratio decidendi* es la "razón suficiente", en la que se expone un principio o regla jurídica que resulta indispensable, o justificante para resolver la *litis* constitucional en un sentido determinado. En cambio, la *obiter dicta*, viene a ser la "razón subsidiaria

(20) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional,* nota a pie de página Nº 57.

(21) Cfr. Exp. Nº 4119-2005-PA/TC, del 29 de agosto de 2005, f. j. 12.

(22) Los conceptos que se explican a continuación fueron expuestos por el TC en el Exp. Nº 0024-2003-AI/TC.

o accidental", que contiene "reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan". La finalidad de los *obiter dicta* es "proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (…) orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional"[23]. En resumen, mientras el primer grupo puede ser calificado como de razones suficientes, la del segundo, sería de razones subsidiarias.

Esta distinción es fundamental para identificar lo que tiene carácter vinculante en una sentencia de lo que no la tiene. Respecto a lo primero se acepta pacíficamente que esa obligatoriedad no solo se extiende al fallo, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que permiten concluir en la decisión final del proceso. Esta vinculación significa que los jueces del Poder Judicial no podrán dejar de aplicar esos criterios en los casos concretos y futuros que conozcan. Respecto a la *ratio decidendi* habría que recordar la excepción reseñada en el apartado anterior: que el juez ejerce su función en casos concretos, consecuentemente, no se puede desconocer su capacidad de enjuiciar y apartarse de esos criterios si considera que las circunstancias no son las mismas del precedente o si entiende que puede otorgar una mejor protección con la interpretación que él realice. Si no se permitiese este apartamiento, se condenaría al juez a ser *la boca muerta* del Tribunal Constitucional, lo cual no es admisible en el Estado Constitucional de Derecho.

Por lo tanto, los operadores del Derecho al analizar una sentencia deben ser capaces de distinguir entre los dos tipos de razones y exponer sus argumentos teniendo en cuenta la diferencia entre ellas y el impacto que tendrán en el conflicto de intereses o de derechos que deben contribuir a dirimir[24]. Además, han de tener presente que el precedente vinculante, al ser una regla preceptiva común, está compuesta por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. En consecuencia, tal como ocurre con las demás normas, es indispensable la tipificación adecuada de los hechos para poder determinar si se adecúan o no al supuesto de hecho de la referida regla. Este análisis deberá ser realizado, primero, por los abogados y luego por el juez, quien al resolver verifica si el supuesto de hecho se conforma o no con la regla constitucional. Corresponde pues al juez, y no el Tribunal

(23) Loc. Cit.

(24) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional Peruano y su dinámica jurisprudencial*. Porrúa & IMDPC, México, 2008, pp. 94-99.

Constitucional, determinar la aplicabilidad del precedente con base en las circunstancias concretas del hecho *sub litis*.

Sirva de ejemplo la sentencia del TC al resolver la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley Marco del Empleo Público. El fallo de la sentencia es vinculante *erga omnes* por tratarse de la confirmación de la constitucionalidad de una ley(25). Sin embargo, el fundamento 24 en el que se recoge la distinción entre normas taxativas y dispositivas, así como los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos no forma parte de la *ratio decidenci,* es decir, de las razones suficientes que justificaron esa decisión. Más bien, constituyen parte de las razones subsidiarias (*obiter dicta)* que no tienen esa fuerza vinculante y así deben ser empleadas en futuras interpretaciones.

Los precedentes vinculantes se formulan a partir de la *ratio decidendi* y no de los *obiter dicta*, por ser las razones necesarias que están directamente ligadas a la decisión constitucional. Cuando una *ratio decidendi se* convierte en precedente vinculante la consecuencia que se sigue es doble: los jueces del Poder Judicial tendrán que considerarla también como *ratio decidendi*, es decir, con efecto vinculante y eficacia *erga omnes*. Los precedentes vinculantes "constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales"(26), lo cual significa que si los actos de los poderes del Estado, sea el Legislativo, el Ejecutivo, o el Judicial –e inclusive la Administración Pública– contraviniesen el contenido de un precedente constitucional esos actos serían inconstitucionales(27).

Por estas razones, la doctrina constitucional opina que una sentencia firme del Poder Judicial no podrá tener la calidad de cosa juzgada si contraviene un precedente constitucional. La razón es evidente: lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, "que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la calidad de cosa juzgada, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional"(28).

En este contexto se puede afirmar que todas las razones suficientes o *ratio decidendi* en una sentencia constitucional, en particular las que en ella son

(25) Código Procesal Constitucional, artículo 81.

(26) Exp. Nº 0006-2006-PC/TC, f. j. 69.

(27) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Configuración de los precedentes Vinculantes en el ordenamiento peruano". En: *Jus Constitucional.* Nº 1, 2008, pp. 55-76.

(28) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. II vols., vol. I, Palestra, Lima, 2006, p. 344.

formuladas como precedentes vinculantes, son normas constitucionales implícitas o adscritas a la norma constitucional directamente estatuida, objeto de interpretación y en relación a la cual se ha formulado el precedente vinculante. Para aplicarlas no es ocioso recordar que el precedente constituye una regla de derecho y, como tal, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La aplicación del precedente vinculante solo procederá en los casos en los que que el supuesto de hecho que conforma la regla del precedente responde al de los hechos *sub litis*, es decir, que se trata de un caso análogo.

Asimismo, conviene saber que no debe establecerse un precedente vinculante con el propósito de imponer un modo de interpretar un dispositivo constitucional cuando es posible interpretarlo de varias maneras y no existe un consenso social acerca de la conveniencia de una de esas interpretaciones. "El Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa"[29].

Por último, los precedentes vinculantes constitucionales solo pueden formularse con base en cinco supuestos que se presenten ante la jurisdicción constitucional[30]. El primero, cuando se constatan divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. El segundo, cuando se advierte que los operadores jurisdiccionales o administrativos, resuelven los casos en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta. El tercero, cuando se advierte un vacío normativo. El cuarto, cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, se constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que por sus efectos generales es una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este último supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación a futuros supuestos de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que considere compatibles con la Constitución. Y, finalmente, el quinto supuesto es cuando se considera necesario cambiar el criterio del precedente vinculante.

(29) STC Exp. Nº 3741-2004-AA/TC, f. j. 46.

(30) STC Exp. Nº 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas y Exp. Nº 3741-2004-AA/TC, f. j. 41.

III. NORMAS CONSTITUCIONALMENTE ADSCRITAS A NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS[31]

De acuerdo a lo expuesto en los apartados anteriores las normas constitucionalmente adscritas a las normas directamente estatuidas son tanto las contenidas en los precedentes vinculantes como las que fluyen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con las precisiones que hemos señalado. Asimismo, hemos distinguido entre la constitucionalidad material y la formal de esas normas. Por razones de espacio y tiempo a continuación haremos referencia solo a algunas normas adscritas que han surgido de dos expedientes con precedentes vinculantes y a los que se deducen de una jurisprudencia homogénea del Tribunal Constitucional en relación con la contratación a plazo fijo. Los expedientes son el Nº 0206-2005-PA/TC, que estableció las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado, sobre la base de los despidos incausados, fraudulentos y nulos[32]. Y el Nº 4635-2004-AA/TC, sobre la jornada laboral máxima con particular referencia al ámbito minero. Dichas normas tienen relación directa y/o indirecta con la estabilidad en el empleo.

1. Con relación al primero de estos expedientes se pueden formular, entre otras, las siguientes normas constitucionalmente adscritas.

   N1: Está ordenado considerar como contenido constitucional del derecho fundamental a una protección adecuada contra el despido arbitrario, tanto la indemnización como a la reposición, a elección del trabajador.

   N2: Está permitido el amparo cuando en la vía judicial ordinaria no es posible conseguir una reposición del contenido constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario *razonablemente igual a la que se conseguiría desde el amparo.*

   N3: Está ordenado que respecto al despido sin imputación de causa deba hacerse remisión a la jurisprudencia para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado.

   N4: Está ordenado la procedencia del amparo contra un despido fraudulento cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o

(31) Para esta parte del trabajo he empleado la selección de normas que se encuentran en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, pp. 45-100 y 485-493.

(32) Exp. Nº 906-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco) ff. jj. 15.b.; 15.c. y 15. a. respectivamente.

duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

N5: Versión a: Está permitida la demanda de amparo por despido incausado o por despido fraudulento si es que en la vía judicial ordinaria no es posible obtener *la reposición o la restitución del derecho vulnerado* y, además, la vulneración es manifiesta(33).

N5: Versión b: Está prohibido interponer amparo si en la vía ordinaria es posible conseguirla reposición o la restitución del derecho vulnerado, *tal y como se habría conseguido a través del amparo.*

En estos y en otros supuestos contemplados en ese precedente resulta fundamental, para preservar la constitucionalidad material, no confundir vía idónea con *igualmente satisfactoria*, que es lo que establece el Código Procesal Constitucional, artículo 5.2 y que fue puesto de relieve por la doctrina académica hace varios años(34).

La adscripción de estas normas al artículo 202.2 sería la siguiente: Son garantías constitucionales: (…) 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. En relación a los trabajadores del régimen laboral privado, y en caso que la vía laboral ordinaria no sea igualmente satisfactoria para obtener la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea, siempre que los hechos configuren el despido incausado o fraudulento no sean litigiosos. Para el caso de despidos nulos, el amparo será procedente siempre que la causa no sea litigiosa. En ningún caso procede el amparo para resolver pretensiones litigiosas o de contenido legal, las cuales, al ser competencia de los jueces laborales, se resolverán a través del proceso laboral ordinario (…).

2. Por su parte el Exp. Nº 4635-2004-AA/TC ha permitido adscribir, entre otras, las siguientes normas al primer párrafo del artículo 26 de la Constitución: La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o

(33) Para evitar la inconstitucionalidad material convendría sustituir las letras en cursivas por las siguientes: una misma salvación del derecho que la que se obtendría a través del amparo.

(34) Sobre esta cuestión remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. "Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Susana Castañeda Osu (editora), Grijley, Lima, 2010, pp. 761-788.

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.

N6: Está ordenado que para el caso de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable atendiendo a sus específicas condiciones laborales.

N7: Están prohibidos los sistemas de turnos de trabajo que afecten la dignidad de las personas, y aquellos que constituyen en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores; y que afecten el derecho a la protección del medio familiar.

N8: Está ordenado que el convenio colectivo prevalezca sobre los contratos individuales de trabajo, cuando aquel es más favorable al trabajador.

N9: Está prohibido contradecir el estándar mínimo de protección al trabajador fijado por la Constitución y los tratados internacionales. Los convenios colectivos y los contratos de trabajo que lo contradigan serán nulos.

N10: Está ordenado que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas se adopten de modo excepcional.

3. Con relación a la jurisprudencia constitucional referida al derecho al trabajo en el caso de los contratos sujetos a plazo fijo, el TC ha señalado 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"[35]. Y de este principio se deriva la preferencia por la contratación a tiempo indefinido y la excepcionalidad de la temporal. Y esta excepcionalidad se manifiesta en las exigencias de formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales y sanciones cuando hay fraude o simulación en el uso de estas reglas. En esa oportunidad el Tribunal precisó que los contratos temporales[36], así como los calificados como accidentales-ocasionales[37] justifican, en el primer

(35) STC Exp. Nº 1874-2002-AA/TC.

(36) 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).

(37) Que, a su vez, incluyen los contratos ocasionales, de suplencia y emergencia (LPCL, art. 55).

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(38). 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.

Estos contratos constituyen la excepción a la regla general del artículo cuarto de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). Por eso, su validez se encuentra ligada al cumplimiento de los requisitos formales y de fondo establecidos en el artículo setenta y dos. En consecuencia, si no se observa la forma escrita, y/o si no se demuestran las causas objetivas de la contratación temporal, esta se convierte en indefinida.

El Título II de la LPCL al regular los nueve tipos de contratos modales hace referencia a la naturaleza permanente o temporal de los servicios. Cuando permite contratar personal en forma temporal para cubrir puestos permanentes de la empresa es indispensable que se precise la causa objetiva que justifica esa temporalidad. En modo alguno es suficiente una remisión genérica al texto de la ley como serían "las necesidades del mercado" o "el aumento de la demanda". Cuando no se cumple con esta exigencia se produce la desnaturalización del contrato que pasa a ser a plazo indeterminado, de acuerdo a lo previsto en la LPCL, artículo 77 d). La consecuencia inmediata, en palabras del TC consiste en que "(…) al haberse determinado que entre las partes existía una relación laboral de naturaleza indeterminada, la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el vencimiento del plazo del contrato, tiene el carácter de un despido arbitrario frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales"(39). Sobre estos supuestos hay abundante jurisprudencia tanto del TC como del Poder Judicial(40).

(38) Cfr. STC Exp. Nº 1874-2002-AA/TC.

(39) STC Exp. Nº 04220-2007-PA/TC.

(40) Remito a dos de ellas: 1. "(…) la alegación de la Cooperativa emplazada respecto a que "contrató a la accionante por necesidad de mercado" no resulta ser cierta toda vez que del contenido de los contratos de trabajo referidos no se aprecia que a la demandante se le haya contratado para atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, tal como lo dispone el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Es más, del contenido de los contratos de trabajo referidos no se advierte que exista una causa objetiva que haya justificado la

Las causas objetivas tienen que ser demostradas por el empresario mediante los instrumentos adecuados, que pueden ser informes técnicos, legales o estadísticos, planes de producción y/o cartera de clientes que acrediten en calidad o cantidad el requerimiento de mano de obra temporal. Asimismo, el organigrama de la empresa debe reflejar, inclusive con los códigos de identificación de los puestos en la planilla electrónica, cuándo se trata de puestos temporales y cuándo de los permanentes(41).

Para la mejor comprensión del concepto de causa objetiva recogemos, a continuación, tres pronunciamientos del TC:

i) Se consideran labores de naturaleza permanente y no temporal, sin que sea creíble la invocación al "incremento de actividades" cuando dichas "actividades" preexistían en el centro de trabajo, más aún si estas funciones forman parte de los servicios que prestan los gobiernos locales, incluso si según el actor ya las realizaba (Cfr. Exp. Nº 03955-2008-PA/TC).

ii) El Colegio de Abogados de Lima contrató a una trabajadora de manera temporal y, en el contrato, expresó como causa el haber iniciado el ejercicio de funciones de una nueva junta directiva, de la cual forma parte la Secretaría General, siendo su interés contratar a la trabajadora como secretaria en esta secretaría. En atención a ello, el Tribunal Constitucional considera que tal motivación no constituye una causa objetiva que justifique la contratación temporal de una trabajadora, pues "no proporciona información alguna que [pueda] justificar una contratación modal y no una a plazo indeterminado". (Cfr. Exp. Nº 01579-2011-PA/TC).

iii) Los contratos para obra o servicio específico deben consignar las causas objetivas, determinantes de la contratación. Esta condición no puede considerarse cumplida si el tenor del contrato no detalla el servicio específico o la obra para la cual es contratado el trabajador. El limitarse a señalar que la contratación es temporal y que busca cubrir una plaza destinada a trabajadores reubicados no refleja el cumplimiento de la causa objetiva de

contratación de la demandante por un plazo determinado; por consiguiente, los contratos de trabajo a plazo determinado no tienen ninguna validez ya que mediante ellos la Cooperativa emplazada encubría una relación laboral de naturaleza indeterminada". Exp. Nº 04220-2007-PA/TC. 2. "La conclusión de la Sala Superior sobre la desnaturalización de los contratos modales a los que se encontró sometido el actor reposa exclusivamente en que estos no han observado las formalidades exigidas por ley para su validez y eficacia en tanto no han precisado –de manera descriptiva– la causa objetiva que justifique la contratación (…) del accionante, habiendo solo invocado esta causal para justificar su celebración (…)". Casación Nº 2365-2005-Lima, *El Peruano*, 30/11/2007.

(41) Cfr. AELE. *Compendio Laboral*. AELE, Lima, 2011, pp. 156-157.

la contratación modal que exige la ley (artículo 63 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728) (Cfr. Exp. Nº 00124-2010-PA/TC).

La desnaturalización a que se refiere la LPCL, artículo 77 d) no solo ocurre cuando no existe la causa objetiva sino cuando el objeto del contrato, es decir, las labores concretas que debe realizar el trabajador, constituyen fórmulas vacías que impiden identificar el trabajo concreto a realizar y, por lo tanto, la temporalidad de esos puestos en la empresa. Sirvan de ejemplo a este supuesto dos sentencias del TC:

i) Si un empleador omite precisar cuál es el servicio concreto que debe cumplir un trabajador contratado bajo modalidad, se considerará que, en realidad, utilizó la mencionada modalidad contractual como una fórmula vacía, con el único propósito de simular labores de naturaleza permanente como si fuesen temporales. Así, en estos casos, se incurrirá en el supuesto de desnaturalización del contrato previsto en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) por simulación y fraude a las normas laborales y, en consecuencia, deberá considerarse que existió entre las partes un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en virtud del cual el trabajador no puede ser despedido sin expresión de una causa objetiva relativa a su capacidad o a su conducta laboral. (Cfr. Exp. Nº 00283-2011-PA/TC).

ii) La elaboración de planillas del personal de una universidad o de cualquier empresa, constituye una labor permanente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones económico-prestacionales de todo empleador, razón por la cual la contratación laboral modal para la realización de dichas labores desnaturaliza la legislación laboral al respecto. (Cfr. Exp. Nº 03771-2010-PA/TC).

Para culminar este apartado solo resta hacer referencia a la discusión académica sobre la viabilidad de considerar el artículo 82 de la LPCL[42] como una "cláusula abierta de contratación temporal". Tal como expresa un sector de la doctrina, de la lectura de ese artículo se deduce que si la causa que justifica una contratación es temporal, también debería serlo el contrato,

(42) Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

pero no todos los autores comparten esta opinión[43]. Consideramos que lo esencial es evitar el abuso del derecho o el fraude de ley, pero no la contratación temporal legítima. Sin embargo, como una medida de prudencia se ha de tener en cuenta que el TC se ha pronunciado sobre este tema y considera que "los contratos de trabajo señalados en el Título II del Decreto Supremo Nº 003-97-TR constituyen un listado cerrado y taxativo de supuestos de contratación temporal y, por ende, son los únicos tipos contractuales que el empleador puede utilizar para contratar un trabajador por plazo determinado, pues, en caso contrario, el contrato de trabajo celebrado será considerado como uno de duración indeterminada"[44].

De la jurisprudencia constitucional reseñada se pueden colegir las siguientes normas adscritas al artículo 22 de la Constitución:

N6: Está ordenado que en aplicación del principio de causalidad de los contratos de trabajo, los celebrados a plazo determinado sean una excepción, por lo que deben cumplir con las exigencias de formalidades, requisitos, condiciones y plazos establecidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de lo contrario el despido o la no renovación de los contratos serán considerados arbitrarios, con derecho a reposición.

N7: Está ordenado que la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad se consigne en forma expresa y ajustada a la realidad de los supuestos que justifican la temporalidad del servicio, no siendo suficiente una invocación genérica, por lo que de no ser así la ruptura del vínculo sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tendrá el carácter de despido arbitrario, ante el que procede la reposición.

N8: Está prohibido contratar trabajadores temporalmente para cubrir labores permanentes de la empresa, en caso de hacerlo, los contratos de trabajo se reputarán celebrados a tiempo indefinido.

N9: Está prohibido contratar bajo la modalidad de servicio específico a un trabajador para cubrir labores de tipo permanente de la empresa.

(43) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo.* Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53. Cita el autor al Prof. Elmer Arce O., quien considera que este artículo hace referencia a los regímenes especiales, pero no a otros atípicos.

(44) STC Exp. Nº 04220-2007-PA/TC.

N10: Está ordenado que en los contratos de trabajo sujetos a modalidad se consigne en forma precisa el objeto del contrato, es decir, las labores que realizará el trabajador, por lo que constituye un fraude que desnaturaliza la temporalidad del contrato una tipificación genérica o ambigua.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Confiamos que el análisis realizado en las páginas precedentes sea útil para emplear con mayor rigor y eficacia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en particular, los precedentes vinculantes. Puesto que, en la medida en que los operadores jurídicos, –en particular los jueces y abogados–, conozcan mejor las normas adscritas a la Constitución sea para aplicarlas o no a un caso concreto, asentaremos las bases del Estado constitucional de Derecho y delimitaremos mejor los derechos fundamentales en situaciones de conflictos de intereses.

BIBLIOGRAFÍA

AELE. *Compendio Laboral*. AELE, Lima, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. II vols. Vol. I, Palestra, Lima, 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Configuración de los precedentes vinculantes en el ordenamiento peruano". En: *Jus Constitucional*. Nº 1, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional Peruano y su dinámica jurisprudencial*. Porrúa & IMDPC, México, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los prececentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

GUASTINI, Riccardo. "Disposición vs. Norma". En: *Disposición vs. Norma*. Editada por Susanna y Escudero Pozzolo, Rafael, Palestra, Lima, 2011.

HAKANSSON NIETO, Carlos. "Los principios de interpretación y los precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". En: *Dikaion*. Nº 18, 2009.

PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de derechos laborales". En: *Asesoría Laboral*. Nº 249, 2011.

PACHECO ZERGA, Luz. "La prescripción de los derechos laborales". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 125, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

PACHECO ZERGA, Luz. "Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y los derechos conexos". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editada por Susana Castañeda Osu, Grijley, Lima, 2010.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

SUBCONTRATACIÓN Y CONTRATOS TEMPORALES. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

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 solamente 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.

Este cambio en la organización se deriva de una nueva noción de competitividad empresarial cuyos elementos claves son la calidad y diferenciación en los productos y servicios[2]. Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización.

Si bien es cierto que la externalización de numerosas actividades por parte de las empresas puede ubicarlas en una posición frágil y vulnerable al entregar parte de su actividad productiva a terceros, la receta para mitigar dicha situación,

(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 de la Seguridad Social. Docente en la PUCP y la Universidad ESAN. Director del Área Legal y Tributaria en PwC.

(2) Cfr. CORIAT, Benjamín. *Los desafíos de la competitividad*. Asociación Trabajo y Sociedad, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994, pp. 38-40.

dicen algunos, es generar relaciones de confianza con los proveedores y subcontratistas, vínculos de largo plazo construidos sobre ventajas recíprocas(3). Las empresas son proclives a estos esquemas, pues genera beneficios a ambas partes, construyendo así relaciones sólidas que mitigan cualquier riesgo que pudiera derivarse del encargo de actividades relacionadas con su objeto social.

Este fenómeno descentralizador o externalizador, ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial(4). Ante esta irrupción de fenómenos descentralizadores, el Derecho del Trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario(5). Esta afectación al concepto clásico de subordinación produce, "(…) una cierta 'huida' del Derecho del trabajo, en el sentido que se está instrumentando un desvanecimiento de la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, que es, mucho más allá de las exigencias organizativas que se aducen como causa 'objetiva' de dichos fenómenos, el objetivo de estos mecanismos(6)".

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes, 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 su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa, estos últimos ubicados con menores posibilidades de acceso a derechos laborales.

Es pues claro, y así se comprueba en nuestra realidad, 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),

(3) Ibídem, pp.46-47.

(4) Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. "Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia".

(5) Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Ara Editores, Lima, 1997, p. 60.

(6) Véase el blog del profesor Antonio Baylós en: <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-paradigma-productivo-de-la.html>.

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 interempresarial.

Lamentablemente, nuestro legislador ha prestado una atención mínima a este importante impacto en la estabilidad laboral(7), 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.

En la presente ponencia relataremos algunos efectos (nocivos) de la subcontratación en la estabilidad laboral(8), pero por cuestiones de espacio nos concentraremos en la estabilidad laboral de entrada, dejando para otro momento el estudio del efecto de este fenómeno en la estabilidad de salida.

Antes de plantear nuestras ideas, conviene dejar por sentado que mediante el término "subcontratación" nos referimos al correlato jurídico de la descentralización productiva, cuya acepción, de acuerdo a la categorización propuesta por Ermida(9), adoptamos en su sentido amplio, y que además, clasificamos, al igual que la Organización Internacional del Trabajo en subcontratación de producción de

(7) 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.

(8) Ermida proporciona una definición de estabilidad laboral que conviene citar, considerándola como "la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de causa justa expresamente prevista" (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. "La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia? En: *Monografías jurídicas.* Nº 4, Editorial Acali, Montevideo, 1983. p. 24).

En nuestra opinión, la estabilidad laboral supondrá la resistencia a la resolución del contrato de trabajo salvo que exista causa justa, la cual deberá encontrarse tipificada en la normativa correspondiente. En esa medida, y en aplicación de la libertad de empresa, reconocida también en nuestra Constitución, (artículo 59), el empleador podrá despedir al trabajador de presentarse una causa justificada. (artículo 22 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en adelante, LPCL). Asimismo, el derecho a la estabilidad laboral posee dos frentes, la estabilidad laboral de entrada (preferencia por los contratos de duración indeterminada) y la estabilidad laboral de salida (resistencia a admitir la terminación unilateral del contrato por voluntad del empleador).

(9) Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, 2009, quien presenta tres sentidos del término "subcontratación", transitando por una acepción "amplísima, económica o sociológica" que comprende a toda operación de descentralización empresarial, luego una variante "amplia", que se emplea para hacer referencia a uno de los instrumentos jurídicos para ejecutar la descentralización empresarial, culminando con una versión "estricta", que supone únicamente la subcontratación empresarial y deja de lado el suministro de mano de obra.

bienes o prestación de servicios y subcontratación de mano de obra[10]. En términos normativos, la primera de ellas es denominada en nuestro ordenamiento como "tercerización", encontrándose regulada por la Ley Nº 29245, el Decreto Legislativo Nº 1038 y el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, mientras que la segunda es conocida como "intermediación laboral", siendo sus disposiciones principales la Ley Nº 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 003-2002-TR.

II. USO INTENSIVO DE CONTRATOS TEMPORALES Y RUPTURA DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

Siendo la contratación a plazo indefinido una de las manifestaciones del principio de continuidad, la contratación a plazo fijo se presentaría como una excepción a dicho principio. En términos conceptuales entonces, podemos afirmar que la contratación a plazo fijo se rige por otro principio del Derecho del Trabajo, el denominado principio de causalidad, a partir del cual la contratación sujeta a modalidad es procedente si el objeto de la misma es el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la presencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar[11]. Será fundamental que el empleador demuestre que existe una causa objetiva que lo habilite para contratar a su personal por un tiempo determinado.

Nuestro ordenamiento laboral no ha sido ajeno a la aplicación del principio de continuidad en lo relativo a la contratación, recogiendo expresamente la preferencia por la contratación indefinida en el Decreto Ley Nº 18138 (año 1970), por el cual el Gobierno Militar de aquel entonces reguló a la contratación a plazo fijo como excepción, señalando que los contratos a plazo fijo o de duración determinada solamente eran procedentes para cubrir labores de naturaleza temporal o accidental previamente comprobadas.

(10) Sobre este tipo de subcontratación podría entenderse que propiamente no ocurre una manifestación de descentralización productiva, pues no se está externalizando actividades sino contratado a una empresa para que suministre personal. Sin embargo, creemos conveniente en este punto adoptar una perspectiva amplia entendiendo esta subcontratación de mano de obra como una forma de derivar a un tercero cierto tipo de obligaciones que, de no existir suministro, serían asumidas por la empresa principal. "Es, pues, un caso de exteriorización del empleo que da origen a una relación triangular en la cual la actividad de los trabajadores se ha de realizar en la propia empresa usuaria". (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, 2009, p. 29).

(11) Véase Casación Nº 1817-2004-Puno del 11 de julio de 2006.

Una primera manifestación de flexibilidad se evidencia con el Decreto Ley Nº 22342 de noviembre de 1978, vigente hasta la actualidad, que permite la posibilidad de contratar en forma temporal y sin límite alguno a personal en empresas dedicadas a la exportación no tradicional. Posteriormente en julio de 1986 se crea el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem), vigente hasta diciembre de 1990, el cual permitió contratar trabajadores a plazo determinado sin exigencia de causalidad.

La flexibilidad se acentúa a inicios de la década de los años noventa a partir de la expedición del Decreto Supremo Nº 077-90-TR, reglamento del Decreto Ley Nº 18138, que introduce una serie de modalidades de contratación temporal, y la Resolución Ministerial Nº 430-90-TR que hace más fáciles los trámites de aprobación de los contratos a plazo fijo. Posteriormente, el Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo de 1991 recoge la regulación de los denominados "contratos sujetos a modalidad", la cual se mantiene hasta la actualidad, normando nueve (9) tipos de contratos de duración determinada, refiriéndose a dos (2) comprendidos en regímenes especiales y uno (1) de regulación abierta(12).

Este incremento de modalidades de contratación determinada, que vino a constituir una de las principales medidas desreguladoras de la década de los años noventa puede resultar cuestionable, tanto por precarizar e individualizar las relaciones laborales como por fortalecer aún más la posición del empleador frente al trabajador(13), sin perjuicio de los errores de técnica legislativa al momento de su regulación. Frente a ello, como contrapeso jurídico, aunque debilitado, se mantiene la presunción a favor de la contratación a plazo indefinido(14).

Si bien la regulación de los contratos a plazo fijo es permisiva, lo cual ha generado su uso abusivo por parte de algunos empleadores al considerarlos una válvula de escape contra la rigidez existente para desvincular personal, invocando el Derecho Constitucional al Trabajo previsto en el artículo 23 de la Constitución, y el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

(12) Artículo 82.- "Otras contrataciones bajo modalidad

Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse".

(13) Una visión crítica a la regulación a plazo fijo derivada de la flexibilización de la década de los noventa puede encontrarse en: CAMPANA, David y PRELLE, Herbert. "La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?". En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Documento de Trabajo Nº 124, Organización Internacional del Trabajo, 2000.

(14) "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (…)". Artículo 4 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

(LPCL)[15], la irregular aplicación de estas modalidades puede corregirse. El problema, radica en que nuestro sistema no permite una corrección a priori sino a posteriori, desde que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) opera como mesa de partes de los contratos y los fiscaliza posteriormente (cuando eventualmente lo hace)[16].

El segundo párrafo del artículo 4 de la LPCL ya citado dispone que "(...) el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece". Advertimos que la legislación limita la libre celebración de los contratos a plazo fijo estableciendo una reserva legal para determinar los casos en que se pueden celebrar así como los requisitos aplicables.

En términos generales, la contratación a plazo fijo en nuestro ordenamiento se encuentra prevista en los artículos 53 y siguientes de la LPCL[17], contemplando

(15) Texto aprobado mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

(16) La flexibilización en la contratación laboral también fue de índole administrativo toda vez que se varió la aprobación previa de los contratos a plazo fijo por una aprobación automática y fiscalización posterior. Anteriormente la AAT emitía una resolución aprobando expresamente la contratación laboral a plazo fijo, manteniéndose únicamente dicha aprobación para los contratos de personal extranjero y los contratos para la exportación de productos no tradicionales.

(17) Si bien el régimen de contratación para la exportación no tradicional no es objeto de este trabajo, al tratarse de un contrato temporal especial regido por sus propias normas, nos parece importante efectuar algunas referencias a su regulación legal:

El Decreto Ley Nº 22342, establece un régimen de contratación laboral especial para las empresas que se dediquen a la exportación de productos no tradicionales.

El citado régimen especial de contratación laboral faculta a las empresas industriales de exportación no tradicional que exporten –directamente o por intermedio de terceros– el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida, a contratar personal eventual en el número que requieran y cuantas veces sea necesario, siempre que cuenten con un contrato de exportación y con un programa de producción de exportación para satisfacer el contrato.

Los contratos de trabajo celebrados al amparo de este régimen especial de contratación laboral deben observar las siguientes formalidades:

a) Forma escrita;

b) Señalar específicamente la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine;

c) Presentación en triplicado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince (15) días naturales posteriores a su celebración, adjuntando el contrato de exportación o cualquier otro documento que acredite la condición de exportadora de la empresa.

La autoridad laboral tendrá sesenta (60) días para pronunciarse respecto de los contratos de trabajo presentados para su aprobación, si no lo hace se tendrán por aprobados. Si transcurridos sesenta (60) días no se pronuncia respecto de los contratos presentados, estos se tendrán por aprobados.

En cuanto a los derechos laborales que corresponden a estos trabajadores, estos corresponden al régimen laboral de la actividad privada.

En suma, es importante tener en cuenta que, en atención a la naturaleza de este régimen legal, la contratación de personal bajo esta modalidad debe responder justamente a la actividad de exportación y al

nueve modalidades en forma expresa[18] y añadiendo un artículo que permite emplear cualquier otra modalidad de contratación que no pueda ser subsumida en las nueve siempre y cuando sea de naturaleza temporal (art. 82).

De los nueve contratos temporales, y antes de estudiar aquel que se emplea en forma mayoritaria en la subcontratación, conviene referirnos al contrato por inicio o incremento de nueva actividad, "segundo en el *ranking*", cuyo carácter temporal obedece únicamente a la fijación de un plazo máximo de duración por decisión del legislador y no a su naturaleza temporal. Se trata de un contrato regulado a la medida del empleador toda vez que la causalidad es absolutamente inexistente.

Respecto al mismo, Sanguineti[19] señala que su fundamento se haya no en la naturaleza de las labores sino en la incertidumbre de una nueva actividad empresarial. Así, la incertidumbre justificaría el empleo de contrataciones iniciales de carácter temporal, a fin de facilitar la extinción de aquellas en caso del fracaso de la nueva actividad empresarial. Elmer Arce, por su parte, afirma que este contrato es de claro perfil proempresarial, ello debido a que se "exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores"[20]. En otras palabras, se rompe con el principio de ajenidad propio del contrato de trabajo toda vez que el riesgo de la actividad empresarial es trasladada al personal cuando quien debía asumirlo en su totalidad es el empleador.

Si bien coincidimos con los autores citados, creemos que el contrato puede mantenerse únicamente cuando inicie operaciones una nueva empresa y no para el incremento de las actividades ya existentes al interior de la misma como ocurre hoy en día[21]. Dado que la contratación temporal constituye una excepción

---

programa respectivo. En ese sentido, se deberán evaluar los puestos a cubrir bajo esta modalidad a fin de determinar si su empleo es apropiado.

(18) Estas son: (i) por inicio o incremento de nueva actividad, (ii) necesidades de mercado, (iii) reconversión empresarial, (iv) ocasional, (v) suplencia, (vi) emergencia, (vii) obra determinada o servicio específico, (viii) intermitente, (ix) temporada.

(19) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 31.

(20) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2008, p. 190.

(21) El Anteproyecto de Ley General de Trabajo (2011) elaborado por la Comisión de Expertos conformada por los juristas Carlos Blancas Bustamante (Presidente de la Comisión), Alfonso de los Heros Pérez – Albela, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos contempló en su artículo 20 al contrato por inicio de actividad, estableciendo que, "(…) es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originado por **el inicio de la actividad de una nueva empresa**. Solo puede ser utilizado dentro de los dieciocho (18) meses contados desde el inicio de la actividad empresarial. Si cumplido dicho plazo, la actividad empresarial continúa, los contratos vigentes se convierten en contratos de duración indeterminada (…)" (el resaltado es nuestro).

frente a la regla (contratación indeterminada), el tiempo de duración de este contrato debería ser mucho menos a los tres (3), siendo razonable por ejemplo que se reduzca a un año. Una alternativa menos gravosa para el trabajador consistiría en no considerarlo como un contrato temporal sino como un contrato indefinido especial, limitando su plazo a un año y fijando una indemnización especial a los trabajadores que sean contratados bajo esta modalidad y cesados al vencimiento.

El primer lugar lo ostenta la modalidad denominada "para obra determinada o servicio específico" al ser la más empleada en la subcontratación, tal y como se advierte en los cuadros que reproducimos seguidamente:

TRABAJADORES EN EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL, SEGÚN TIPO DE CONTRATO - JUNIO 2014	
TIPO DE CONTRATO	**Nº DE TRABAJADORES**
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. Nº 728	40,765
A TIEMPO PARCIAL	3,188
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	20,298
POR NECESIDADES DEL MERCADO	11,401
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	19
OCASIONAL	1,399
DE SUPLENCIA	1,103
DE EMERGENCIA	39
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	47,915
INTERMITENTE	7,868
DE TEMPORADA	572
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL - D.LEY Nº 22342	1
DE EXTRANJERO - D.LEG. Nº 689	4
A DOMICILIO	-
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	-
AGRARIO - LEY Nº 27360	-
MIGRANTE ANDINO - DECISIÓN 545	5
OTROS NO PREVISTOS	2,620
NO DETERMINADO	2
TOTAL	**137,199**

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.
Base de datos: Planilla electrónica / T-Registro y Plame 2014.

TRABAJADORES EN EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN, SEGÚN TIPO DE CONTRATO - JUNIO 2014	
TIPO DE CONTRATO	**Nº DE TRABAJADORES**
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. Nº 728	12,626
A TIEMPO PARCIAL	1,274
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	12,317
POR NECESIDADES DEL MERCADO	11,833
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	20
OCASIONAL	90
DE SUPLENCIA	73
DE EMERGENCIA	16
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	44,097
INTERMITENTE	7,747
DE TEMPORADA	396
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL - D.LEY Nº 22342	-
DE EXTRANJERO - D.LEG. Nº 689	24
A DOMICILIO	-
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	-
AGRARIO - LEY Nº 27360	1
MIGRANTE ANDINO - DECISIÓN 545	11
OTROS NO PREVISTOS	1,775
NO DETERMINADO	1
TOTAL	**92,301**

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.
Base de datos: Planilla Electrónica / T-Registro y Plame 2014.

La regulación del contrato para obra determinada o servicio específico contemplada en el artículo 63 de la LPCL es bastante deficiente, pues se indica que se celebra "con objeto previamente establecido y de duración determinada". Sanguineti, con quien concordamos en este punto, afirma que la obra a realizar debe poseer un alcance transitorio distinguible de la actividad permanente de la empresa(22). Debe tratarse en efecto de una necesidad transitoria a ser satisfecha con este tipo de contratos. Asimismo, la necesidad debe ser habitual pues

(22) Cfr. SANGUINETI. *Los contratos* ... Ob. cit., p. 76.

la no habitualidad nos conduce al contrato ocasional regulado en el artículo 60 de la LPCL[23].

Sobre este contrato, el TC en la sentencia recaída en el Exp. Nº 00525-2010-PA/TC ha señalado que: "Si bien de la simple lectura de artículo 63 de la LPCL, se desprende que para la aplicación de los contratos para obra determinada o servicio específico, modalidad empleada en el caso de autos, se requiere únicamente un objeto previamente establecido y una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación, no puede interpretarse la calificación de tales requisitos fuera del marco constitucional.

Así, se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable, **sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida en que las circunstancias así lo ameriten**. Lo contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación "por obra determinada" o "servicio específico" sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción" (énfasis nuestro)

En lo que a subcontratación se refiere, los cuadros anteriores sustentan la gran utilización de este tipo de contratos por parte de las subcontratistas para incorporar al personal que requieren para prestar sus servicios o ejecutar las obras a favor de sus clientes. Respaldan dicha contratación de duración determinada, alegando que la actividad que realizan a favor de la empresa principal es de naturaleza temporal, siendo esta "naturaleza" fijada por la duración determinada del contrato obra o servicio celebrado con la principal. En palabras de Gorelli, "el contrato puede ser temporal pues el vínculo contractual entre dos empresas actúa como límite temporal, de manera que los servicios del trabajador se van a desarrollar mientras el encargo de la principal se mantenga"[24].

Este argumento, que genera una temporalidad debida a factores externos (duración del contrato mercantil entre subcontratista y empresa cliente) ocasiona

(23) Artículo 60 de la LPCL.- "El contrato accidental-ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año".

(24) Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 101.

que la estabilidad laboral de los trabajadores de la subcontratista se sujete a la voluntad de la principal, pues si esta decide dar por terminado el contrato con la empleadora, esta procederá a culminar las relaciones laborales del personal que incorporó para satisfacer dicho negocio. Es irrazonable a nuestro entender que la vigencia del derecho a la estabilidad laboral se condicione a una decisión empresarial.

La doctrina española ha alertado de este peligro y que ello supondría parcelar artificialmente la actividad empresarial de la subcontratista, pues se permitiría que actividades permanentes o habituales para la subcontratista sean atendidas mediante la contratación temporal(25).

En nuestro país, la doctrina descarta la utilización de este contrato de duración determinada en razón a que el servicio que presta la subcontratista califica como una actividad permanente de la empresa principal, lo cual implica que la voluntad de las empresas se vuelva en una causa de contratación temporal en el Perú(26). En otras palabras, Arce objeta que una actividad de carácter permanente en cabeza de la empresa principal para cuya satisfacción no pueda contratar legalmente personal temporal pase a ser de naturaleza transitoria por el simple hecho de que la principal decida externalizarla. Sanguineti comparte dicha opinión afirmando que "cuando la actividad sea permanente, dependiendo su temporalidad exclusivamente del recurso a técnicas de externalización de actividades, la celebración de un contrato del tipo que se viene analizando no debería ser admitida"(27).

Soriano por su parte sentencia que "la fórmula jurídica más idónea para cubrir la actividad productiva de empresas que habitualmente y de forma continuada prestan servicios para terceros, es la de la contratación indefinida. Pero ello no ha de impedir que en el marco de una contrata se recurra tanto al contrato de obra o servicio como a otras modalidades contractuales de carácter temporal, eso sí, siempre y cuando correspondan a la verdadera naturaleza y objeto del contrato en cuestión. (…) la temporalidad de la contratación en estos supuestos vendrá justificada por tratarse de actividades perfectamente aislables dentro de la actividad de la empresa que no perduran en el tiempo"(28).

Lo anteriormente afirmado nos permite señalar lo siguiente:

(25) Cfr. SORIANO CORTÉS, Dulce. *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Mergablum, Sevilla, 2007. p. 200. Vide GORELLI. *La tutela*. Ob. cit., p. 104.

(26) Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual*... Ob. cit., pp. 172-173.

(27) Cfr. SANGUINETI, *Los contratos* ... Ob. cit., p. 76.

(28) Cfr. SORIANO. Ob. cit., p. 202.

(i) En un ordenamiento como el nuestro, en el que la regla en materia de contratación es la de duración indeterminada, la subcontratación no constituye una causa objetiva que habilita *per se* a la contratación temporal;

(ii) Si la actividad que se subcontrata es de naturaleza permanente para la empresa principal, el personal que sea contratado por la subcontratista debe incorporarse en forma indeterminada.

(iii) Si la subcontratista se dedica habitualmente a prestar servicios, realizar obras o proveer personal a empresas principales, lo cual es el negocio propio de las subcontratistas, atentará contra la estabilidad en el empleo y la causalidad exigible a los contratos a plazo fijo el incorporar personal mediante un contrato para obra determinada o servicio específico para satisfacer el requerimiento de mano de obra que le permita realizar sus actividades ordinarias. Ello en razón a la inexistencia de una necesidad transitoria que habilite la contratación temporal. Un ejemplo claro de este supuesto son las empresas contratistas mineras[29].

(iv) El contrato temporal para obra determinada o servicio específico no se encuentra vedado a las empresas subcontratistas, siempre y cuando la temporalidad que genera su empleo no obedezca a la celebración de un contrato con la empresa principal sino una razón interna de la propia empresa, por ejemplo, la necesidad de contratar temporalmente a un digitador una vez al año para actualizar un *software* de gestión de planillas.

No debemos dejar de advertir que las subcontratistas alegan como argumento principal la imposibilidad de reubicar al trabajador contratado para prestar un servicio temporal a una empresa cliente en otra área o en un cliente distinto dada la especificidad del servicio determinado. Nos referimos a aquellos casos en los

(29) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 005-2008-EM la definición de empresa contratista minera, contempla lo siguiente: "Empresa contratista minera es la empresa que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio que le permite actuar en las actividades a que se refiere el numeral 11) del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, y que ostente la calificación como tal, emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas". Del texto anterior es posible distinguir las características de este tipo de empresa, tales como su autonomía funcional y su patrimonio propio. Por otro lado, el numeral 11 del artículo 37 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería referido, precisa que los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

que el cliente posea un requerimiento único e irrepetible, y por ende temporal, y solicite a la subcontratista que le provea trabajadores para su satisfacción. Creemos que en este caso podría justificarse la incorporación por parte de la subcontratista bajo la modalidad estudiada salvo que la actividad única e irrepetible para el cliente sea habitual para aquella, situación última que es la usual en el rubro.

Un tema detectado en la práctica consiste en que las empresas o cooperativas de trabajadores que realizan actividades de intermediación laboral (subcontratación de mano de obra) deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral (Reneeil) a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, el cual emite una constancia que opera como un permiso de operaciones. En dicha constancia se detallan las actividades autorizadas sea como servicios temporales, complementarios o altamente especializados, indicándose por ejemplo, si la empresa puede prestar servicios de auxiliar de limpieza, vigilancia, auxiliar de archivo, auxiliar de almacén, etc. Estas actividades son ampliadas en función de los requerimientos formulados por los clientes. Sobre este punto, un argumento que esgrimen las empresas de intermediación laboral es que el personal puede contratarse únicamente a pedido del cliente para una actividad solicitada por él, previa extensión del registro, y que no existe otro cliente al que se le preste un servicio similar que permita la rotación del trabajador a dicha unidad de negocio. Nuestra opinión respecto a esta afirmación se funda en el principio de ajenidad en los riesgos. El riesgo del negocio corresponde al empleador y no al trabajador por lo que no puede trasladársele. Una lectura favorable a dicha posición de la subcontratista infringiría el Derecho al Trabajo y la estabilidad laboral del trabajo, pues se evidenciaría su sujeción a la sola voluntad de las partes, omitiendo toda consideración a la ya mencionada titularidad del riesgo empresarial. Lo propio en este caso es contratar al personal en forma indeterminada y en todo caso cubrir su indemnización. Este "costo" normalmente no es aceptado en cuenta por las empresas principales, quienes contratan a la subcontratista que le plantea una tarifa menor, razón por la cual se recurre a la contratación temporal. No se trata de una cuestión siquiera principista sino de un afán meramente lucrativo.

Pese a la razonabilidad de la tesis esbozada en los párrafos anteriores, y compartida por nosotros, la cual se basa en la real vigencia del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral del personal subcontratado, el Tribunal Supremo Español (TS) ha asumido una posición proempresarial en cuanto a la utilización de este tipo del contrato para obra determinada o servicio específico en la subcontratación, al

señalar en la STS Nº 7664/2005 del 5 de diciembre de 2005[30] que: "(…) constituye doctrina de esta Sala la posibilidad de que el contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio determinados, (…) sea válidamente concertado por la empresa contratista de una concreta actividad productiva encomendada por otra, ya que, (…) una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa, objetivamente definida, y esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por lo tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga", añadiendo más adelante que "lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato".

La posición del TS fue posteriormente ratificada en la STC Exp. Nº 4975/2007 del 14 de junio de 2007, cuyo considerando cuarto reitera la unificación jurisprudencial hecha por el Tribunal y que comentamos seguidamente:

> "CUARTO.- Esta Sala en relación a los contratos de obra o servicio determinados concertados, en casos de contratas de empresas de seguridad en su sentencia del 15/01/1997 (R-3827/95) seguida de la de 08-06-1999 (R-3009/98), tras reconocer la existencia en la doctrina de la Sala de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el curso de un contrato de obra o servicio determinado, unificó la doctrina en los siguientes términos:
>
> 1) Se recoge en primer lugar que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal 'un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización' (…)".

En este primer acápite la Sala reconoce que al recurrir a la subcontratación, la empresa principal no se encuentra ante una necesidad transitoria sino que se trata de una actividad permanente. Si bien ello no es señalado expresamente, puede inferirse de la afirmación del Colegiado, pues no se subcontrata

(30) Sentencia recaída en el proceso seguido por Laura, Cecilia y Daniela contra Unitono Servicios Externalizados S.A., Avanza Externalización de Servicios S.A. sobre despido. La resolución obtenida del Buscador de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial español (CENDOJ), al cual se puede acceder en el siguiente portal web: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

para la realización de una obra puntual o la prestación de un servicio determinado, supuestos que habilitarían a la propia empresa principal a contratar personal temporal bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico y no recurrir a una subcontratista.

Añade la Sala en el epígrafe segundo que: "2) (…) se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, (…) esa necesidad está objetivamente definida y que esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este".

Y luego se contradice, pues sostiene que: "3) (…) no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) (…)".

Advertimos una contradicción, pues el TS considera que la subcontratista (o contratista como la denomina) experimenta una necesidad temporal derivada del contrato con la empresa principal para prestar un servicio o realizar una determinada obra y posteriormente afirma que dicha situación temporal constituye la actividad normal de aquella. Es claro, entonces, que no se trata de una circunstancia transitoria que habilite la incorporación temporal de personal en la subcontratista sino su actividad normal (permanente), la cual debe cubrirse con trabajadores indeterminados. Es conveniente hacer un deslinde con las actividades de construcción, "el supuesto típico" como lo denomina el Tribunal. En esos casos efectivamente nos encontramos ante una actividad naturalmente temporal y que justifica la incorporación temporal del personal, el problema es que el TS extiende su jurisprudencia a otras actividades económicas.

Añade el TS que "(…) tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, (…) lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato". Discrepamos con esta afirmación, pues, sin duda, es decisivo para el análisis que la actividad subcontratada sea de carácter permanente para la empresa principal y que ello opere como límite a la contratación temporal de personal por parte de la subcontratista para su realización. Lo contrario, como se señaló anteriormente, implicará la validez de la conversión de un puesto de trabajo permanente a uno temporal por su mera externalización.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido un tibio acercamiento a esta situación en la sentencia recaída en el Exp. Nº 00804-2008-PA/TC, proceso de amparo seguido por Julio Eduardo Pezantes Alva contra la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C., Esvicsac, al considerar que el contrato de trabajo para obra determinada o servicio específico que el trabajador celebró con la mencionada empresa se habría desnaturalizado (convertido en indeterminado) en tanto el servicio de vigilancia que presta a la empresa usuaria es de carácter permanente. Este razonamiento supera a la posición del TS pero dada su singularidad nos impide considerarlo como un pronunciamiento jurisprudencial de carácter vinculante.

Posteriormente, en una sentencia emitida en enero de 2012, correspondiente al Exp. Nº 03528-2011-PA/TC, proceso de amparo seguido por Jaime Ccopa Ramos contra la empresa de Construcción, Refacción y Mantenimiento S.R. L. (Corema), el Tribunal Constitucional convalidó con total ligereza como causa objetiva para la contratación de un trabajador bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico, el contrato de locación de servicios celebrado entre Corema y la empresa Southern Perú Copper Corporation, para el mantenimiento y refacción de líneas férreas de esta última. Resulta discutible que, si la empresa Corema se dedica a la construcción, refacción y mantenimiento como su denominación social lo indica, pueda incorporar personal a plazo fijo alegando que la celebración de un contrato justamente para realizar su objeto social constituya una necesidad temporal que le exija contratar personal en forma transitoria.

Como es evidente resulta complicado fallar en contra del uso mayoritario del contrato temporal para obra determinada o servicio específico en la subcontratación, pero creemos que existen argumentos jurídicos para ello.

III. CONCLUSIONES

La subcontratación, qué duda cabe, se sustenta en el derecho constitucional a la libertad de empresa, 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 aquella 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 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).

Lamentablemente, nuestro ordenamiento laboral carece de mecanismos adecuados de tutela que mitiguen los efectos nocivos de la subcontratación en las relaciones individuales como colectivas de trabajo. El legislador aún sigue permitiendo el empleo de contratos temporales para situaciones de naturaleza permanente al mantener la regulación de contratos a plazo fijo desvirtuados ("inicio o incremento de actividad, artículo 57 de la LPCL), no modifica la normativa en materia de subcontratación a fin de corregir sus notorias deficiencias, mientras que el Poder Ejecutivo no se decide a fortalecer realmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que cumpla el rol que le corresponde. Es más, recientemente se ha "frenado" a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) con un dispositivo que privilegia un rol orientador y coloca tope a las multas que pudieran imponerse (Ley Nº 30222, Disposición Complementaria Transitoria).

La realidad nos indica que este relajamiento de tutela en lo que a la estabilidad de entrada se refiere, permite el uso (y abuso) del empleo de contratos temporales para incorporar personal en la subcontratación, con el fin de que el empresario no se complique con la rígida estabilidad laboral (de salida) imperante cuando se vea impedido de cesar sin causa justa. Esta medida asoma como irrazonable pues, sin cerrarse la puerta a la contratación a plazo fijo en la subcontratación, esta debería quedar limitada para actividades cuya naturaleza sea realmente temporal para la empresa principal.

El fenómeno de la subcontratación es una herramienta adecuada para la organización empresarial, sin embargo, es tarea nuestra como operadores jurídicos el diseñar su estructura de manera tal que respete los derechos laborales de los trabajadores, como el de negociación colectiva, a la remuneración mínima, y qué duda cabe, el de estabilidad en el empleo.

TRATAMIENTO JUDICIAL DEL DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO, Y LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO, AL INFLUJO DEL II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL 2014

OMAR TOLEDO TORIBIO[1]

INTRODUCCIÓN

Los días 8 y 9 de mayo de 2014, se realizaron las sesiones del II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral 2014 (en adelante, II Pleno), acontecimiento de singular importancia ya que constituye un paso significativo hacia la predictibilidad de los fallos judiciales, lo cual tiene que ver con el resguardo del principio-derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley. Los Jueces Supremos Integrantes de la Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia adoptaron acuerdos sobre tópicos que hasta ese momento se encontraban siendo

(1) Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (UNMSM), Juez Superior Titular, Presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Sala de Oralidad), profesor de la academia de la Magistratura y catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Posgrado de la UNMSM), profesor (Sección de posgrado) de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Con estudios de litigación oral laboral en la Universidad de Medellín, Colombia y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Bogotá-Colombia. En febrero de 2014 ha cursado y acreditado la Academia de Destrezas en Litigación en el California Western School of Law. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en grado de Oficial. Delegado en Perú y consejero de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo (ALJT). <www.omartoledotoribio.blogspot.com>.

debatidos a nivel de la judicatura y que precisamente reclamaban un pronunciamiento de la suprema instancia judicial a través de este mecanismo, acuerdos que han sido publicados en el diario oficial *El Peruano* el día 4 de julio de 2014 y que se refieren a los siguientes temas: 1) tutela procesal de los trabajadores del Sector Público; 2) desnaturalización de los contratos. Casos especiales: contrato administrativo de Servicios (CAS); 3) tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento: Aspectos procesales sustantivos; 4) remuneración computable par la compensación por tiempo de servicios y pensiones: regímenes especiales; 5) competencia de los juzgados de paz letrados, especializados y tribunal unipersonal; 6) lazos para interponer recursos impugnatorios: notificación y rebeldía, 7) Incrementos a beneficiarios de pensión mínima; y 8) caducidad de aportaciones de acuerdo con la Ley Nº 8433.

Uno de los temas más esperados en el ámbito de la judicatura y el foro ha sido precisamente el tratamiento judicial del despido fraudulento e incausado en sede ordinaria laboral pues, a raíz del acuerdo arribado en el I Pleno Supremo Laboral del año 2012 (en adelante, I Pleno), que abrió la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan conocer las demandas de reposición por dichas causales, se originaron discusiones y pronunciamientos jurisdiccionales en diverso sentido que requerían la emisión de un criterio que defina y zanje la polémica.

En las siguientes líneas pretendemos expresar nuestro punto de vista acerca de los acuerdos arribados en este II Pleno y la interpretación que consideramos debe adoptarse con el objeto de garantizar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y evitar que se vacíe de contenido la disposición inserta en el artículo 2.2. de la Nueva Ley Procesal de Trabajo que otorga a los jueces laborales la facultad de conocer en vía de proceso abreviado de la reposición como pretensión principal única.

I. EL DESPIDO NULO, INCAUSADO Y FRAUDULENTO EN SEDE ORDINARIA

La Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

En función del mandato constitucional el Decreto Legislativo Nº 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria, como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que solo cabe

el pago de una indemnización tasada (art. 38 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el D.S. Nº 03-97-TR)[2], en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 (*despido por reacción o por represalia*); d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto *(fuero de maternidad)*. A las causales antes citadas debe agregarse las dispuestas por la Ley Nº 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la Ley Nº 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

Como es de advertirse, la norma establece taxativamente la causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser números clausus. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del principio de legalidad. Por otro lado, corresponde citar el artículo 34 del mismo TUO que prevé que en los casos de *despido nulo*, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38 del TUO.

Por otro lado, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: "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 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

(2) La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Finalmente, el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad[3] el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC (caso Fetratel c/ Telefónica) ha señalado que:

> "Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo Nº 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización 'como única reparación'. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone solo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:
>
> a) 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 del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
>
> b) La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador

(3) Artículo 30 del TUO aprobado por D.S. Nº 03-97-TR.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador".

> (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43 ("República" "social") y 3 de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
>
> c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional".

De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el **despido incausado** que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario.

Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la sentencia Nº 1124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la *amparización* de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley Nº 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, –que establecía el amparo alternativo–, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 en el Exp. Nº 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco, la misma que prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y c) Despido fraudulento.

En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado **despido nulo** cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición),

se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc, se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley Nº 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley Nº 27050). Por otro lado, se produce el **Despido incausado** cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último se configura el denominado **despido fraudulento**, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. Nº 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas" (f. j. 15)[4].

Finalmente, y ya con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el modelo de amparo residual, se ha expedido la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, en el Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, en la que se estableció, en calidad de precedentes vinculantes, preceptos relativos a los casos en que se puede acudir a la justicia ordinaria (Juzgados y Salas Laborales) buscando tutela restitutoria (Despido Nulo) y los casos en que se puede recurrir a la vía constitucional de amparo solicitando reposición (Despido nulo, despido fraudulento y despido incausado) consolidando en cierta forma los criterios ya adelantados y la nueva nomenclatura del despido diseñada en la sentencia expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco. En efecto en la sentencia se señala:

> "Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de

(4) Continúa el Tribunal Constitucional señalando que: "En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo" (f. j. 15 de la STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC).

> amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate" (f. j. 6).
>
> "El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. Nº 976-2004-AA/TC, para **los casos de despidos incausados** (en los cuales no exista imputación de causa alguna), **fraudulentos** y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados" (f. j. 7).
>
> "Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. **En cuanto al despido fraudulento**, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos". (f. j. 8) (la negrita es nuestra).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en vía de amparo se ha pronunciado por la reposición del trabajador cuando se ha producido la afectación de los demás derechos constitucionales que el trabajador mantiene inalterables no obstante la subordinación en la que se encuentra respecto al empleador. Esto significa que el trabajador ingresa a la relación laboral conservando todo el bagaje de derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, atributos que en doctrina se han dado en denominar como *derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral.*

La protección de estos derechos se deriva del mandato constitucional contemplado en el artículo 23 de la Carta Política según el cual *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida con fecha once de julio de dos mil dos, en el Exp. Nº 1124-2001-AA/TC Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel se ha referido a la protección de estos derechos en el seno de la relación laboral como una manifestación de "la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales" esto es, "que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares" (fundamento 6), y refiriéndose a la empresa demandada señala que "Si bien aquella dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquellas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable" (f. j. 7).

Posteriormente el máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales ha dispensado la protección constitucional a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica.* Tal es el caso de la sentencia de fecha 10/08/2002, expedida en el Exp. Nº 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de Conciencia y Religión en la relación laboral, la sentencia de fecha 18/08/2004, emitida en el Exp. Nº 1058-2004-AA/TC., caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost, en la que se ha protegido el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la sentencia de fecha 10/07/2002, recaída en el Exp. Nº 0866-2000-AA/TC, caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros, referida a la libertad de expresión e información, entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se ha tutelado el derecho a la dignidad, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al libre desarrollo

de la personalidad, la interdicción de la doble persecución o sanción por el mismo hecho (*ne bis in idem)*, etc.[5].

II. CONSECUENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN LA STC EXP. Nº 0206-2005-AA/TC

Este precedente vinculante originó en primer lugar que muchos procesos de amparo en los que se invocaba la configuración de un despido incausado o fraudulento, pero que sin embargo, existía controversia sobre los hechos, fueron remitidos por el Tribunal Constitucional a la judicatura ordinaria laboral a efectos de que se tramiten en esta vía en aplicación del punto 5 de la parte resolutiva de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, que establece que "las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 *supra*, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley Nº 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales".

Por otro lado, las demandas de amparo que son presentadas en fecha posterior a la expedición de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, en las que se invoca un despido fraudulento, pero existe controversia sobre los hechos, al ser declaradas improcedentes en la vía de amparo son presentadas por los justiciables por ante el Juez Especializado de Trabajo.

En los dos casos antes descritos resulta evidente que el justiciable pretende una protección restitutoria en función de los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC. Sin embargo, esta posibilidad se ve afectada por estatuto que rige a la judicatura ordinaria laboral en materia de despido ilegal, pues conforme se ha expuesto las normas laborales solo otorgan la protección restitutoria en los supuestos de despido nulo previstos números clausus en el artículo 29 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la Ley Nº 26626 referido al despido por ser portador del VIH-Sida y la Ley Nº 27050 referida al despido del trabajador por razón de discapacidad.

(5) Una referencia a los llamados derechos de titularidad general o inespecífica se puede encontrar en nuestro artículo titulado "El facebook y el Derecho Laboral. Los límites de la libertad de expresión en el centro de trabajo", publicado en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 129, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2009, pp. 271-273.

En tal sentido, los jueces laborales al no poder admitir una demanda de impugnación de despido incausado o una demanda de impugnación de despido fraudulento y con el objeto de no afectar el derecho de acceso a la justicia –componente fundamental del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional garantizada en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado–, estuvieron disponiendo, bajo una perspectiva *pro actione*, que los actores adapten su demanda a alguno de los supuestos antes descritos lo cual definitivamente no es factible en todos los casos, situación que generó pronunciamientos que disponían el archivo de la demanda, lo cual en muchos casos podía afectar el derecho constitucional citado.

Ante dicha situación algunos consideraban que la tramitación de las acciones impugnatorias de despido fraudulento e incausado y la estimación de las mismas si era posible en la vía ordinaria. Basan su afirmación en la consideración de que los jueces laborales deben proceder conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales tal como el propio TC ha dispuesto en el punto 5 de la parte resolutiva de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, en referencia a los procesos de amparo que fueron remitidos a la judicatura ordinaria. Sin embargo, esta tesis colisionaba frontalmente con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en el décimo séptimo fundamento de la STC Exp. Nº 0206-2005-PA/TC en el que se ha encargado de remarcar con carácter de precedente vinculante que "Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, Nº 26636. prevé en su artículo 4 la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes: a) Impugnación de despido **(sin reposición)** (…) (lo resaltado es nuestro). En este sentido se había, incluso, pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la **CASACIÓN Nº 3034-2009-Huaura,** su fecha 26 de agosto de 2009, señalando que "**Décimo**.- Que, lo precedentemente señalado, permite concluir que las instancias de mérito al estimar la demanda de Nulidad de Despido, por presentar la figura de desnaturalización de los contratos, han incurrido en una indebida aplicación del artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en tanto, dicho supuesto no constituye causal de nulidad de despido; sin que ello importe una trasgresión al precepto constitucional contenido en el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, en tanto, como bien se ha señalado en los considerandos precedentes, la adecuada protección frente al despido arbitrario esta en función de la opción del trabajador de obtener una tutela restitutoria o resarcitoria, la

que se verá expresada por el tipo de vía procesal optada, esto es, la ordinaria laboral o la del proceso de amparo constitucional; **consecuentemente, esta Suprema Sala determina que al no encontrarse la demanda motivada en alguna de las causales contenidas en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos frente a una demanda improcedente** (la negrita es nuestra)(6).

Reforzaba la conclusión anterior el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 01467-2010-Lima (caso Johnny Alberto Rubiños Méndez), declarando improcedente el amparo interpuesto contra la Sala Laboral de Piura, por considerar "que los hechos y el petitorio de la demanda *no* inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"(7).

Se trata de una demanda de amparo en que el recurrente pretende que se declare la nulidad de las resoluciones emitidas dentro del proceso laboral a fin de que se retorne a la etapa postulatoria y se admita la demanda, toda vez que se está ordenando el archivamiento del proceso. Resulta que el Tribunal Constitucional con fecha 21 de noviembre de 2006 (STC Exp. Nº 08431-2006-PA/TC-Lima, proceso planteado por el propio Johnny Alberto Rubiños Méndez)(8), declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado y dispuso la remisión de los autos al Juzgado Laboral de Piura. El Juzgado, con la finalidad de que adecue su pretensión al proceso laboral, en atención a la citada sentencia, le otorga 3 días de plazo para que precise la causal a invocarse. Ante ello el recurrente da respuesta a lo solicitado sin especificar ninguna causal del Decreto Supremo Nº 003-97 TR por lo que el Juzgado tiene por no presentada la demanda del recurrente. Ante ello, este interpone recurso de apelación argumentando que la causal debe integrarse a partir de

(6) Esta ejecutoria fue comentada por el suscrito en "El despido fraudulento en la jurisprudencia". En: *Revista RAE Jurisprudencia*. Tomo 19, enero de 2010, pp. 401 a 410.

(7) En el fundamento 5 de la sentencia el Tribunal Constitucional señaló que: "Se evidencia que las instancias judiciales han justificado sus decisiones sobre la base de los hechos y la norma procesal pertinente. En consecuencia, lo que en realidad pretende el recurrente es la revisión en esta vía de todo lo compulsado en las instancias inferiores, lo cual no es materia de análisis de los procesos constitucionales, máxime si, como se demuestra, no se evidencia indicio alguno de irregularidad en el proceso que vulnere los derechos invocados por el recurrente".

(8) En este proceso de amparo el demandante solicita que se deje sin efecto el despido de que habría sido víctima; y que, por consiguiente, se ordene a la emplazada que lo reponga en su puesto de trabajo. Manifiesta que, después de que él hiciera su descargo dentro de los seis días que se le concedió, se le debió permitir que reanude la prestación normal de sus servicios laborales, cosa que no sucedió, puesto que se le impidió el ingreso a su centro de labores. La parte emplazada sostiene que el recurrente fue despedido por la comisión de faltas graves y que el plazo de exoneración de su obligación de asistir al centro de trabajo no había vencido, cuando le cursó la carta de despido, por lo que no se vulneraron los derechos invocados en la demanda.

la interpretación y el análisis de los hechos que rodearon su despido por lo que la Sala Laboral de Piura emite pronunciamiento con fecha 1 de agosto de 2008, confirmando la decisión del a quo, arguyendo que no existe causal de nulidad de despido que sustente la pretensión. Tras interponerse recurso de casación, este es declarado improcedente por tratarse de un auto y no de una resolución que resuelve la controversia, ante lo cual el justiciable interpuso una nueva acción de amparo esta vez invocando la afectación de sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

III. LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO (NLPT)

La Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley Nº 29497, establece que en proceso abreviado laboral, el Juez Especializado de Trabajo resulta competente para el conocimiento de la **reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única** (art. 2.2.) (lo resaltado es nuestro).

Esta nueva disposición legal originó inicialmente diversas interpretaciones. En efecto, por un lado algunos consideraban que esta disposición legal define la discusión existente entonces y estaría otorgando competencia al juez laboral para el conocimiento de las demandas en las que se solicita la reposición por despido incausado o por despido fraudulento encontrándose de esta forma la solución a la problemática existente en aquellos justiciables que, luego de acudir en vía de amparo invocando la existencia de alguno de estos dos tipos de despido, sus respectivos procesos fueron derivados a la vía ordinaria.

Sin embargo, existían posiciones encontradas respecto a la aparente solución aportada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo tema que fue materia de tratamiento en el I Pleno, siendo que dentro de sus conclusiones sobre el Tema Nº 01, referida a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral, regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497); acordó por unanimidad que: "Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única".

Por ende en virtud del citado acuerdo, los jueces especializados laborales que conozcan procesos con la NLPT, son competentes para conocer las demandas de reposición como consecuencia del despido incausado y despido fraudulento.

IV. ¿LA REPOSICIÓN COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL ÚNICA?

La norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT prevé que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como **pretensión principal única**.

La citada norma interpretada por el acuerdo Nº 01 del I Pleno generó opiniones diversas respecto a la posibilidad de que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, ya sea por despido nulo, despido fraudulento o despido incausado.

Respecto a ello, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en un primer momento, en la **Casación Laboral Nº 3311-2011-Tacna consideró que existe** imposibilidad jurídica de plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales. En efecto, en su fundamento 17 señala lo siguiente:

> "Precisamente esta naturaleza de vocación sumamente célere, hace que la pretensión sometida al órgano jurisdiccional –y sobre el cual se emitirá su pronunciamiento– tenga que ser necesariamente planteada como Reposición bajo la forma de una pretensión principal única; nomenclatura de la que se desprende válidamente la conclusión de la imposibilidad jurídica de 'plantearse conjuntamente, y en la vía abreviada laboral, dos pretensiones principales; la razón de lo antedicho gira en torno fundamentalmente a evitar distraer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional a extremos que si bien pueden estar relacionados con la pretensión de reposición, no pueden ser atendidos en una vía procedimental que per se al ser célere, concentra etapas procesales cuya dilación en exceso podría desnaturalizar la esencia misma del proceso abreviado laboral (...)'".

Asimismo, más adelante en el fundamento 18, de la misma sentencia casatoria, el Tribunal Supremo ha establecido las tres reglas que deben ser verificadas por el juez laboral cuando se trata de la pretensión de reposición como una pretensión principal única:

1) "Que no exista duda respecto a la laboralidad de los servicios del demandante, pues debe resaltarse que el pedido de reposición solo resulta procedente en los casos donde la relación laboral se encuentra establecida y reconocida por las partes.

2) Verificar que la demanda planteada contiene únicamente el petitorio de Reposición como pretensión principal única y

3) En virtud de lo anterior, centrar el análisis del conflicto judicializado a determinar la fundabilidad o no de la demanda de reposición planteada (...)".

Por otro lado, en nuestros pronunciamientos jurisprudenciales en la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, Sala de Oralidad, hemos tenido la oportunidad de expresar opinión en el sentido de que es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, pues se configura un auténtico **petitorio implícito** que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia(9). Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.

En efecto, la desnaturalización del contrato laboral, o la declaración de la existencia de una relación laboral por imperio del principio de primacía de la realidad, no constituye una pretensión adicional sino que constituye un petitorio implícito que forma parte de la *causa petendi*(10). De la misma forma, en los proce-

(9) En efecto en el voto en discordia emitido por el suscrito en el Exp. Nº 00225-2013, su fecha 17 de julio de 2013 hemos señalado que "al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese solo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728".

(10) El petitorio y la razón de pedir constituyen elementos de la pretensión Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que: "Estos dos elementos de la pretensión, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de *causa petendi*, *iuris petitum* o *iuris petitio*. (…) Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, este es el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional. Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de petitorio, aun cuando en doctrina suele llamársele también *petitum* o *petitio*. Inclusive un sector de la doctrina identifica este petitorio con lo que se denomina el objeto de la pretensión". (sic) (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil.* Editorial Themis*,* Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 274, énfasis es nuestro) En esa misma línea, el profesor Aníbal Quiroga León sostiene que "Dentro del ejercicio del derecho de acción se manifiestan dos intereses, uno en el proceso y otro en el obrar. Dentro de lo segundo, se presentan dos figuras, por un lado la causa de la pretensión particular que el sujeto activo de la relación jurídico procesal hace relieve, aquella que se origina en la expectativa –legitima o no– de la relación jurídica sustancial que se ha invocado y que le sirve de fundamento para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva. Tal pretensión de carácter particular y privado es la *causa petendi*. En otras palabras, es el impulso que se otorga a la pretensión subjetiva del actor y que le da sustento a su interés

sos en los que se demanda únicamente el pago de beneficios sociales, sin antes reclamar como pretensión expresa la declaración de la existencia de una relación laboral, esto último constituye un petitorio implícito.

V. EL PETITORIO IMPLÍCITO COMO HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El petitorio implícito constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un Estado democrático y social de derecho. El Jurista Augusto M. Morello, indica con relación a este que: "La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); **afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez** (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)"[(11)].

En la Sentencia Dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CAS Nº 4664-2010-Puno), en la ciudad de Lima, el 18 de marzo de 2011, se indica en el décimo sexto considerando, con relación al petitorio implícito que: "Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, **expresa hechos claros y concretos** referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, **el juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando**

---

en el obrar. Por otro lado, existe el ***petitum*** o ***petitio***, que se refiere concretamente a lo que es objeto de pedido en virtud de la *causa petendi*, es decir, la propuesta de dispotitio que se hace al Órgano Jurisdiccional, a la autoatribución de una posición en la relación jurídica sustancial que el pronunciamiento jurisdiccional ha de establecer finalmente *meritum causae*. Toda *causa petendi* condiciona un *petitum*, y todo *petitum* presupone una *causa petendi*". (sic) (QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal.* Lima, Perú, Idemsa, junio, 2008, p. 116 (el resaltado es nuestro).

(11) MORELLO, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*. 2ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 98 a 99. Citado en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Cas Nº 4664-2010-Puno). Realizada en la ciudad de Lima, el 18 de marzo de 2011.

desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural" (negrita y resaltado es nuestro).

Por su parte, **Jorge W. Peyrano,** señala que: "Entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio, respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes"(12).

Al referirse a esta frase la profesora Julia Cabello Matamala ha sostenido con relación a los procesos de divorcio y separación de cuerpos lo siguiente: "En consecuencia, en, esta hipótesis, **el juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad –positiva o negativa– de los indicados perjuicios** y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso"(13) (el resaltado es agregado).

VI. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL PETITORIO IMPLÍCITO

1. Prevalencia de lo oral sobre lo escrito

Conforme lo establece expresamente el artículo 12.1 de la NLPT **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.

En tal sentido, en un ámbito de oralidad, si el juez de la causa aprecia que en los fundamentos fácticos (*causa petendi)* que sustentan la pretensión, el accionante está haciendo referencia precisamente a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o a la existencia de una relación laboral oculta bajo el disfraz de un contrato civil o mercantil o de otra naturaleza, puede aprovechar las bondades de la inmediación en las audiencias, sea de conciliación, juzgamiento o audiencia única, si se trata del proceso abreviado, a efectos de poder esclarecer debidamente los contornos del petitorio implícito, bajo las condiciones que más adelante señalaremos, y considerarlo como materia de pronunciamiento en la sentencia.

(12) PEYRANO, Jorge W. *Nuevas tácticas procesales*. 1ª ed., Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., Rosario Santa Fe Argentina, 2010, p. 100.

(13) CABELLO MATAMALA, Julia. *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, pp. 525-550.

2. Prevalencia del fondo sobre la forma

Constituye fundamento del nuevo proceso laboral, contemplado en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante –producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz– quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

3. Economía procesal

En virtud de este principio el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

Ciertamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto al petitorio implícito evita que se pueda generar nuevos procesos judiciales. De no ser así, ingresaríamos a un escenario en el que los casos vinculados a la reposición del trabajador por despido nulo, fraudulento o incausado, para ser instrumentalizados en la vía abreviada, supondrían que antes el trabajador tenga que accionar en un primer proceso a efectos de que se declarare la existencia de una relación laboral de carácter indeterminada y, luego solicitar, en un nuevo proceso laboral abreviado, la reposición como pretensión única, lo cual definitivamente constituye una negación al acceso a la tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que las acciones de reposición están sujetas a un plazo de caducidad. Por otro lado, exigir que el trabajador acuda al proceso ordinario laboral no solamente afecta el principio de economía procesal sino que vacía de contenido completamente la finalidad que trasunta la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT que precisamente consiste en establecer un proceso ágil que signifique que el trabajador pueda ver

resuelto su pedido de reinstalación de manera más célere teniendo en cuenta que estamos ante la afectación del derecho fundamental al trabajo.

4. Eficacia del proceso

La eficacia tiene que ver con el logro de la finalidad de todo proceso judicial que es el de resolver los conflictos para alcanzar la paz social.

Resulta evidente que dar solución a una controversia si necesidad si duplicar procesos o trámites constituye una demostración de la eficacia del proceso

5. Tutela judicial efectiva

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como garantía de la administración de justicia la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

La exigencia de trasuntar por dos procesos judiciales para lograr la reposición de un trabajador o pretender seguir un proceso ordinario laboral, existiendo previsto un proceso más rápido y ágil como es el proceso abreviado, afecta definitivamente al principio constitucional antes citado, es más, implica, en otras palabras, la negación de la tutela jurisdiccional.

VII. CONDICIONES DEL PETITORIO IMPLÍCITO

Estimamos que si bien es posible que se pueda desarrollar la figura del petitorio implícito en el escenario del proceso laboral abreviado y, con mayor razón, en el proceso ordinario, por la naturaleza y extensión del mismo, ello requiere que se den determinadas condiciones como presupuesto necesario. En efecto, de manera resumida señalaremos que solo se podrá aplicar la citada figura si: a) aparecen hechos claros y concretos respecto a la petición implícita; b) garantía del derecho de defensa y del contradictorio, esto es, en virtud de la garantía de la observancia del debido proceso, el demandado debe haber tenido la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa frente a dicha petición, derecho que incluye la posibilidad de ofrecer medios de prueba que respalden su posición.

VIII. EL PETITORIO IMPLÍCITO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL

La aplicación de la figura del petitorio implícito en el proceso abreviado laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido expuesta por vez

primera en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 17 de julio de 2013 (Exp. Nº 00225-2013-04- NLPT, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por Roberto Víctor Rojas Barragán, sobre reposición al centro laboral. Si bien la opinión nuestra resultó un voto en discordia, posición minoritaria, la citada sentencia fue materia de análisis en su integridad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior realizado en Lima los días 6 y 7 de setiembre de 2013, siendo que la ponencia que reflejaba nuestra posición resultó ganadora por mayoría en el citado certamen judicial (56 votos frente a 17)[14].

Con el objeto de ilustrar los términos de la controversia que originó el citado pronunciamiento nuestro en discordia transcribimos a continuación algunos párrafos del citado voto:

> 7. Conforme a los argumentos de la sentencia recurrida, la a quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda: "4.5.- Siendo la PRETENSIÓN demandada del actor la REPOSICIÓN a su Centro de labores, **se debe tener en cuenta que la misma no procede por cuanto el contrato celebrado entre las partes cumplió su naturaleza de Contrato Temporal para Servicio Específico,** esto teniendo en cuenta que la cláusula primera del Contrato así lo estipulaba, hasta que se culmine con el proceso de selección de la plaza de Asistente Social, por lo que la Carta Notarial enviada al demandante solo cumplía con comunicarle al actor el término del contrato que tenían celebrado con la demandada, lo que no se puede comparar a un despido incausado, asimismo, el prestador del servicio no ha desarrollado las razones jurídicas ni argumentativas orientadas a cuestionar alguna de las cláusulas del contrato que acompaña, **tampoco ha desarrollado el tema de la desnaturalización de los contratos, lo que exime al juzgado de fundamentar al respecto**".

(14) Primera ponencia: De conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Nº 29497, el Procesos Abreviado Laboral debe contener una sola pretensión principal, y cuando se advierte además de la pretensión principal un petitorio implícito, el juez debió advertir esta situación al momento de la calificación de la demanda, pronunciándose respecto a la imposibilidad de acumular otra pretensión a la pretensión principal en un proceso Abreviado Laboral, al no haberse actuado así, la sentencia es nula (17 votos).

Segunda ponencia: En virtud del principio tuitivo a los que se contrae los procesos laborales y los que está obligado a observar el juzgador, encontrándonos ante un petitorio implícito, debió ser objeto de pronunciamiento por el juez, tanto más cuando se aprecia que se ha garantizado el derecho de defensa de la demandada, pues la empleadora en su escrito de contestación cuestiona la pretensión implícita, siendo tratada en la Audiencia Única y en consideración además a que en esta clase de procesos prevalece las actuaciones orales sobre las escritas, correspondiendo pronunciarse en la sentencia por la pretensión implícita (56 votos).

8. Bajo ese contexto, se advierte de la visualización del Audio/Video de la Audiencia Única, realizado con fecha 13 de marzo de 2013, subido en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), que el abogado de la parte demandante, como argumentos de su alegato, señala literalmente que: "(…) El cargo de Asistente Social, le corresponde hasta que termine el desarrollo o estructura de la Oficina de Bienestar Social, porque quien tiene que llevar a cabo esa Oficina de Bienestar Social, tiene que ser un Asistente Social, precisamente por ello es que lo contrataron como Asistente Social. En tal sentido los contratos que le han hecho suscribir a mi patrocinado, **contratos para servicios específicos a plazo fijo, son contratos desnaturalizados**, **porque si su labor era de carácter permanente, lógicamente y jurídicamente, le correspondía un contrato a tiempo** indeterminado y no un contrato a plazo fijo como errónea e ilegalmente lo ha efectuado, la contraria; en ese sentido señora juez, está claro y objetivamente probado en autos que mi patrocinado tenía un contrato a tiempo indeterminado y que esa carta que comunica el cese, es ilegal (…)"; es decir, la parte actora señala de forma específica que se han desnaturalizado los contratos de trabajo por naturaleza específica, por haberse desarrollado labores permanentes en la Institución demandada, como es la de Asistente Social, hecho que debió ser tomado con un pretensión implícita, en la medida que en virtud al principio tuitivo a los que se contraen los procesos laborales y los que está obligado a observar el Juzgador. Siendo así, debió ser objeto de pronunciamiento, en consecuencia, no resultaba válida la postura de la juzgadora en el sentido que el actor no había invocado la desnaturalización de los contratos laborales.

9. La emisión del pronunciamiento respecto a la desnaturalización de los contratos modales en forma alguna afecta el derecho de defensa de la demandada, pues dicha parte en su escrito de contestación de demanda, de fojas 40 a 50, se ha pronunciado expresamente sobre dicha pretensión al señalar en el punto "II.2.- **RESPECTO A LA EQUIVOCADA PRETENSIÓN DESNATURALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA SERVICIO ESPECÍFICO** (…); **siendo totalmente falso que se haya producido alguna desnaturalización de dichos contratos de conformidad con el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, razón por lo cual debe quedar claro que su Despacho deberá llevar un análisis jurídico** (…)".

> 10. Es decir, la demandada, pudo ejercer su derecho de defensa, respecto al petitorio implícito referido a la desnaturalización de los contratos de trabajo, aspecto que ha sido además tratado en la Audiencia Única antes citada, lo cual debe analizarse bajo el contexto de que constituye un principio del Nuevo Proceso Laboral la oralidad que implica la prevalencia de las actuaciones orales sobre las escritas. Por ende, se garantizó el Derecho de defensa de la parte demandada.
>
> 11. Por lo antes expuesto, este colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese solo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728" (sic).

Posteriormente, en la sentencia de fecha 2 de octubre de 2013, emitida en el Exp. Nº 08057-2013-0-1801-JR-LA-16, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo ponencia nuestra, ha ingresado a analizar la estructura de la pretensión y determinar que efectivamente los hechos referidos a la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad o la desnaturalización de un contrato modal constituyen o forman parte de la *causa petendi*, o la razón de pedir, y por lo tanto, no constituyen la reposición por lo que es perfectamente posible que en esos términos pueda ser tramitado en la vía de proceso abreviado laboral y ser materia de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional[(15)]. A continuación veamos algunos párrafos de la citada sentencia:

> 3.19. De la lectura de la demanda presentada por el actor, se advierte que su petitorio (*petitum*) consiste que se declare la nulidad de su despido y se disponga su reposición, así como el pago de las remuneraciones devengadas y los intereses que se han generado, más el pago de costas y costos. Por otro lado, del escrito de la demanda y del escrito de subsanación de fojas 82, el actor señala como *causa*

(15) Sobre la vinculación entre el petitorio implícito y la causa petendi hemos hecho referencia en nuestro trabajo anterior titulado "El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo", publicado en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 182, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2013, pp. 130-142.

> *petendi* que los contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad suscritos con la demandada se encuentran desnaturalizados conforme lo había establecido la Autoridad de Trabajo en el Acta de Infracción Nº 63-2012 de fecha 31 de julio de 2012 originada por Orden de Inspección Nº 100-2012-MTPE/2/16.
>
> 3.20. La citada causa de pedir ha sido ratificada por el demandante en la Audiencia de vista de la causa realizada ante este Tribunal, oportunidad en la que además ha señalado que había suscrito contratos temporales por incremento de actividad cuya copia de los mismos no le fueron entregados.
>
> 3.21. De este modo, se colige que la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes constituye un petitorio implícito a la pretensión de nulidad de despido.
>
> 3.22. Por lo antes expuesto, este Colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponderá al pronunciamiento de fondo determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización alegada y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, establecer si se ha configurado la nulidad de despido alegada por el demandante.

Posteriormente, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trece se ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "(…) ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (art. 23.2 de la Ley Nº 29497)".

Más adelante y para ratificar el cambio de temperamento del Supremo Tribunal se ha señalado que:

> **DÉCIMO:** Lo discernido en los fundamentos ut supra, conlleva a esta Sala Suprema a dejar establecido como **un criterio de**

procedencia y tramitación de una demanda de reposición en la vía procedimental del proceso abreviado laboral, la posibilidad de que en el seno de este, si pueda debatirse la "existencia de una relación laboral de duración indeterminada", ya sea por desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad como ocurre en el caso *sub examine*; como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, todo ello en aras de garantizar la efectiva tutela judicial del derecho fundamental al trabajo en su manifestación principal que se constituye en la consecución de los principios que inspiran el nuevo proceso laboral regulado por la Ley Nº 29497.

UNDÉCIMO: Se deja constancia que las precisiones efectuadas por esta Sala Suprema en la presente resolución, respecto a la procedencia y tramitación de una demanda de **reposición** en la vía procedimental del proceso abreviado laboral; se efectúan en mérito a la dinámica jurisprudencial que permite al colegiado la intensidad de los criterios que este emita , fijando y perfilando las reglas contenidas en su jurisprudencia; siendo necesario citar a efectos de su emisión y observancia lo previsto en el tercer párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo Nº 017-93-JUS.

IX. II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL EN MATERIA LABORAL-2014

En este estado de cosas se realiza el II Pleno en cuyo acuerdo 3.3. se determinó por unanimidad que **en aplicación de la Ley Nº 29636**, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Nº 26636: **Mientras que, al amparo de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, si son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario**

laboral, de conformidad con el artículo 2, inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (el resaltado es nuestro).

Consideramos que el acuerdo arribado por el II Pleno es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la **Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco,** pues si bien se señala en el último pleno que **las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral** ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad, pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición, pues forman parte de la *causa petendi* o razón de pedir de la demanda.

Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT, pues al establecer una vía expeditiva –que en algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser más célere que un proceso de amparo– para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros hemos tenido la oportunidad de expresar que "(…) disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo, pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales"[16], comentario que es perfectamente válido para las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista en el artículo 2.2. antes citado.

X. EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

El otro tema surgido a raíz de la novísima norma contenida en el artículo 2.2. de la NLPT y, en términos actuales, de cara al acuerdo arribado en el II Pleno,

(16) TOLEDO TORIBIO, Omar. *Derecho Procesal Laboral, Principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497.* Editorial Grijley, Lima, agosto de 2011, p. 45.

consiste en determinar si resulta posible acumular en la demanda de reposición planteada en vía de proceso abreviado la pretensión referida al pago de las remuneraciones devengadas originadas con ocasión del despido.

Del análisis de la citada norma podemos concluir que la misma se refiere a la reposición **cuando esta se plantea como pretensión principal única,** lo cual no impide que se pueda acumular la pretensión accesoria de pago de remuneraciones devengadas desde la fecha en que se produjo el despido y la referida a los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, sus intereses, derechos precisados en el artículo 40 del TUO del D.L. Nº 728.

En efecto, siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 03-97-TR, Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal**, tanto más si como lo establece el artículo 87, *in fine*, del Código Procesal Civil, –aplicable supletoriamente al proceso laboral en virtud de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo–, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda. Con ello se evitaría que el trabajador tenga que acudir a un nuevo proceso laboral para reclamar las remuneraciones devengadas sobrecargando innecesariamente el sistema judicial, en momentos en que la efectividad mostrada por el nuevo sistema procesal ha originado que las expectativas de los justiciables haya aumentado y los órganos jurisdiccionales están cada vez más saturados de procesos laborales

Incluso, consideramos que en virtud del principio de *suplencia indirecta de la demanda* el juez podría ordenar estos conceptos aún cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo *extra petita*, proscrito en nuestro sistema procesal laboral –a diferencia de la facultad del fallo *ultra petita* que si se encuentra expresamente reconocido en el artículo 48, inciso 3 de la Ley Nº 26636 y el artículo 31 de la NLPT[17]. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido

(17) Respecto a los alcances de esta facultad nos hemos referido en nuestro artículo "El principio de congruencia en el proceso laboral", publicado en la Revista *Actualidad Jurídica*. Nº 193, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2009, pp. 263 a 266.

fraudulento o incausado, pues, al declararse la ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido, pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

XI. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO LABORAL

La reforma procesal laboral contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, tiene como uno de sus ejes centrales, simplificar los procesos laborales y hacerlos más céleres, de tal manera que aquellos asuntos que no revistan complejidad deban ser resueltos de manera más ágil ante una justicia básica que radica en los Juzgados de Paz Letrado y que se caracteriza esencialmente por un proceso que está exento de formalidades, en que no existe el recurso de casación, pero con precedente judicial, en que se ha establecido un sistema de notificaciones más acorde con la realidad que impera en los Juzgados de Paz Letrado, lo que implica que los justiciables pueden acudir de manera más inmediata a los Juzgados de Paz Letrados porque se encuentra en su entorno. En consecuencia, se ha reforzado la justica de paz letrada reconociéndosele mayores competencias, pero otorgándole además la especialización que corresponde, esto es, con el nuevo modelo procesal se ha creado la figura del Juez de Paz Letrado Laboral.

Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función de la cuantía. Pretender que los jueces de Paz Letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado[18].

(18) Estos conceptos han sido desplegados por el suscrito como Juez Superior Ponente en la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, emitida en la causa Nº 14885-2013-0-1801-JR-LA-14, Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima.

El II Pleno en el tema 5.2 ha acordado por unanimidad que "En la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los juzgados de paz letrados no son competentes para conocer pretensiones no cuantificables acumuladas con una pretensión cuantificada que sí es de su competencia por la cuantía; pues estos únicamente pueden conocer las materias expresamente señaladas en el artículo 1 de la Ley Nº 29497".

Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.

Nosotros discrepamos de dicha interpretación, pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la *causa petendi* de la reclamación de pago de beneficios sociales.

Este argumento coincide con el utilizado por el II Pleno para sustentar el Acuerdo 5.3 mediante el cual se señala que "los tribunales unipersonales pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); aun **cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable**"[19] (lo destacado es nuestro).

En efecto, en la fundamentación correspondiente se señala que "debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p. e. pago de beneficios sociales) que tuvieran una *causa petendi* que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contrato modal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, no pueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y no cuantificables, porque la *causa petendi* no es una pretensión sino solo el fundamento de aquella"[20],

(19) El Pleno acordó por unanimidad: La Sexta Disposición Transitoria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, establece la competencia de los tribunales unipersonales, señalando que estos pueden conocer de los recursos de apelación en causas cuya cuantía reconocida en la sentencia no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP); aun cuando exista también reconocimiento de una pretensión no cuantificable.

(20) Informe y acta del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, p. 57. En: <www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...>.

argumentación que se repite exactamente para decidir la competencia del Juez de Paz Letrado[21].

Como hemos señalado, en el pronunciamiento citado líneas arriba, pretender que los jueces de Paz Letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado.

En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

XII. CONCLUSIONES

1. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trece se ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "(…) ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (artículo 23.2 de la Ley Nº 29497)".

(21) En efecto se señala lo siguiente: "Debe tenerse presente, a este respecto, que las pretensiones cuantificables (p.e. pago de beneficios sociales) que tuvieran una *causa pretendi* que implique el análisis de cuestiones como, por ejemplo, la desnaturalización de un contrato modal o la desnaturalización de una relación de prestación de servicios, no pueden entenderse como acumulación de pretensiones cuantificables y no cuantificables, porque la *causa petendi* no es una pretensión sino solo el fundamento de aquella". Informe y acta del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, p. 56. En: <www.pj.gob.pe/.../Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en...>.

2. En el II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral en Materia Laboral-2014, (acuerdo 3.3), se determinó por unanimidad que "en aplicación de la Ley Nº 29636, las pretensiones de impugnación de despido incausado o despido fraudulento pueden acumularse a cualesquiera otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87 del Código Procesal Civil, y serán tramitadas en la vía proceso ordinario laboral, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Nº 26636: **Mientras que, al amparo de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral; mientras que, sin son acumuladas a otras pretensiones distintas a aquella, serán de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario laboral, de conformidad con el artículo 2, inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.** (El resaltado es nuestro).

3. Consideramos que el acuerdo arribado por el II Pleno es perfectamente compatible con la posición asumida por le Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en la **Casación Laboral Nº 7353-2013-Cusco,** pues si bien se señala en el último pleno que **las pretensiones de reposición en los supuestos de despido incausado o despido fraudulento solo podrán plantearse como pretensión principal única y serán tramitadas en la vía del proceso abreviado laboral** ello no obsta a que en el mismo proceso abreviado se pueda emitir pronunciamiento respecto a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o la determinación de la existencia de una relación laboral por primacía de la realidad pues como hemos expuesto ampliamente en el presente trabajo dichas circunstancias no constituyen sino un petitorio implícito en las reclamaciones de reposición pues forman parte de la *causa petendi* o razón de pedir de la demanda.

4. Con ello se rescata la razón de ser de la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT, pues al establecer una vía expeditiva –que en algunos casos dependiendo de la carga procesal que maneje un órgano jurisdiccional puede ser mas célere que un proceso de amparo– para estas reclamaciones está destacando la importancia de los derechos en juego. En efecto, nosotros hemos tenido la oportunidad de expresar que "(…) disponerse que corresponde sustanciarse en la vía del proceso abreviado implica definitivamente que se está tratando de darle un trámite más rápido y expeditivo pues propiamente nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales", comentario que es perfectamente válido para

las demandas de reposición de despido fraudulento y despido incausado. De lo contrario, asumir una interpretación en el sentido restrictivo, esto es, que se tenga que acudir a un proceso ordinario laboral para reclamar la reposición y la desnaturalización de un contrato o la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad significaría vaciar de contenido a la norma prevista en el artículo 2.2. antes citado.

5. Siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 03-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos y el depósito de la CTS no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal.**

6. Incluso, consideramos que en virtud del principio de *suplencia indirecta de la demanda* el juez podría ordenar estos conceptos aun cuando no hayan sido considerados en la demanda, lo cual de ningún modo implicaría que nos encontremos ante un fallo *extra petita*, proscrito en nuestro sistema procesal laboral –a diferencia de la facultad del fallo *ultra petita* que si se encuentra expresamente reconocido en el artículo 48, inciso 3 de la Ley Nº 26636 y el artículo 31 de la NLPT. Se trata únicamente de la aplicación del principio descrito en el párrafo anterior.

7. Las consideraciones expuestas, salvo el caso de la suplencia indirecta de la demanda, son perfectamente aplicables a los procesos de reposición por despido fraudulento o incausado, pues, al declararse la ilegalidad del despido, se está determinando la ineficacia del mismo lo cual debe tener los mismos efectos y consecuencias que la nulidad de despido, pues de lo contrario se podría estarse incentivando conductas lesivas a los derechos del trabajador.

8. Si bien es cierto la Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece en el artículo 1.1 que el Juez de Paz Letrado conoce en proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal, la referencia de la cuantía tiene que ver únicamente a efectos de establecer la simplicidad o complejidad de un proceso, porque no hay que olvidar que el criterio de la cuantía para determinar la competencia está en razón directamente proporcional a la complejidad de la causa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 2 de la Nueva Ley Procesal establece determinadas materias

como competencia del juez especializado de trabajo, esta enumeración es meramente referencial, puesto que de por sí prima el carácter de la determinación de la competencia en función de la cuantía.

9. Algunos consideran que en virtud de este acuerdo los jueces de Paz Letrado Laboral ya no serían competentes para el conocimiento de los procesos laborales en los que se reclama el pago de derechos laborales hasta 50 URP, pero que para ello es necesario declarar la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad o la desnaturalización del contrato modal.

10. Nosotros discrepamos de dicha interpretación, pues como hemos sostenido la desnaturalización de un contrato modal o determinación de la existencia de una relación laboral constituye un petitorio implícito a la reclamación del pago de los beneficios sociales o, dicho de otra forma, constituye la *causa petendi* de la reclamación de pago de beneficios sociales.

11. Pretender que los jueces de Paz Letrado conozcan únicamente aquellos procesos en los que la relación laboral está debidamente establecida sería vaciar de contenido a la reforma procesal y reducir el ámbito de actuación del Juez de Paz Letrado. En efecto, estaríamos convirtiendo al Juez de Paz Letrado Laboral, que en el caso de los jueces titulares han sido seleccionados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de un riguroso proceso, en meros ejecutores del pago de los beneficios sociales de los trabajadores cuya relación laboral ya ha sido definida formalmente, reduciendo de esta forma su ámbito de actuación, desperdiciando su capacidad y formación así como privando la posibilidad de formar adecuadamente los cuadros jurisdiccionales cuando exista la necesidad de promoverlos para asumir responsabilidades como Jueces Especializados de Trabajo.

ESTABILIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD: ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN EN EL EMPLEO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

MICHAEL VIDAL SALAZAR[1]

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Nº 29973 - Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Ley), en la línea de lo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha introducido al ordenamiento peruano una serie de disposiciones que buscan la protección del discapacitado, en varios ámbitos, entre ellos el laboral.

Lo interesante del tema es observar como dichas normas se han tenido que acoplar a las disposiciones ya existentes en materia de empleo (en especial con relación a la extinción del vínculo laboral), o para graficarlo mejor, como las disposiciones ya existentes se han tenido que adaptar a la nueva normativa.

El presente trabajo busca revisar las novedades introducidas por la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2014-MIMP (en adelante, el Reglamento), y como las mismas han introducido cambios al esquema de estabilidad laboral regulado en nuestro ordenamiento.

(1) Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente Senior del Área Laboral (Human Capital) de Ernst & Young (EY). Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

II. DERECHO AL TRABAJO Y DISCAPACIDAD: LA CUOTA MÍNIMA Y EL ACCESO AL EMPLEO

Para introducirnos en la materia, sería importante primero revisar la definición legal de "persona con discapacidad". Al respecto, siguiendo lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 1), el artículo 2 de la Ley señala que se trata de "aquella persona que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

A continuación, en su artículo 3, la Ley empieza por describir la protección general que guía la regulación contenida en ella, indicando que "la persona con discapacidad tiene los mismos derechos que el resto de la población, sin perjuicios de las medidas específicas establecidas en las normas nacionales e internacionales para que alcance la igualdad de trato. El Estado garantiza un entorno propicio, accesible y equitativo para su pleno disfrute sin discriminación". Queda claro, pues, que todo trato diferenciado de la persona con discapacidad solo tendrá justificación en tanto tenga como objetivo brindarle una situación de igualdad frente a los no discapacitados.

Este es el ámbito en que se mueve la regulación contenida en la Ley, y que aterriza en el ámbito laboral señalando que "la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneraciones por trabajo de igual valor, y con condiciones justas, seguras y saludables". En el citado artículo se refleja la consagración a favor de la persona con discapacidad de varios derechos laborales, de los que es titular en su condición de persona, pero que el legislador ha considerado necesario ratificar considerando su especial situación.

Entre los derechos mencionados se encuentra el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad (en distintas manifestaciones: condiciones, oportunidades, remuneración) y la libertad de trabajo.

Considerando los objetivos del presente trabajo, nos centraremos en el derecho al trabajo, el mismo que es reconocido en el artículo 22 de la Constitución cuando señala que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional (TC) en la STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, la citada disposición constitucional tiene un doble

contenido que comprende el "acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho de no ser despedido sino por causa justa" (f. j. 12).

El TC sigue así la línea de lo establecido por el Tribunal Constitucional Español, el cual, en su STC Nº 22/81, reconoce el doble contenido del derecho al trabajo, pero dando un carácter más amplio a la parte privada, al referirse a "conservar el puesto de trabajo que se tiene". Coincide además con lo señalado por Neves Mujica, para quien el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución contiene a su vez el derecho a acceder a un empleo y el derecho a conservarlo. Con relación a lo primero, el autor considera que el citado derecho puede referirse a un puesto genérico o a un puesto específico. Sobre lo segundo, considera que la conservación del empleo coincide parcialmente con uno de los sentidos de la estabilidad laboral: la prohibición del despido injustificado (estabilidad de salida), prohibición que alcanzaría incluso a cualquier otra forma de extinción de la relación laboral no surgida de la voluntad del trabajador(2).

De hecho, la Ley se ha preocupado por cubrir tanto la parte referida al acceso al trabajo, como de la conservación del empleo. Con relación a lo primero, regula una serie de condiciones que incentivan la contratación de personal discapacitado, siendo la más importante el establecimiento de cuotas de empleo mínimas, que en el caso de las entidades públicas asciende al 5 % de la totalidad del personal, mientras en el caso de empleadores privados con más de 50 trabajadores asciende al 3 % (art. 49).

Esta cuota mínima (que empezará a aplicarse a partir de enero de 2015) ha sido objeto de críticas, en especial en lo referido a los empleadores privados, a los que se les impone un porcentaje de contratación que se considera un tanto elevado, y que podría constituir una limitación para el cumplimiento de lo dispuesto por la norma.

En atención a ello, el Reglamento establece que, si de la fiscalización correspondiente se determina que un empleador no ha cumplido con la cuota (que además es anual), en el procedimiento sancionador puede realizar sus descargos acreditando que no se han generado nuevos puestos de trabajo o vacantes por cubrir debido a la terminación de vínculos laborales por cualquiera de sus causas, o en caso haberse generado las vacantes pero no haber contratado personas con discapacidad, demostrar (i) las razones técnicas o de riesgo vinculadas al puesto de trabajo por las cuales, pese a haberse generado una vacante, la misma no puede ser cubierta

(2) NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo". En: *Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 2002, pp. 11-12.

por personas con discapacidad, (ii) la oferta de los puestos de trabajo a través de la Bolsa de Trabajo de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, (iii) la omisión en la convocatoria de cualquier requisito que constituya una exigencia discriminatoria contra las personas con discapacidad y (iv) la implementación de procesos de evaluación específicos que garanticen la efectiva participación de las personas con discapacidad (art. 56)[3].

Si bien las disposiciones del Reglamento flexibilizan razonablemente la obligación de contratación de personas con discapacidad, exigiendo un comportamiento diligente del empleador y no la necesaria contratación de un universo de personas que puede resultar escaso, queda una duda en relación al supuesto en que, existiendo vacantes, no se ha contratado el personal exigido. La citada duda gira en torno a la situación en que, por la naturaleza de las labores a cumplir, la contratación de personas con discapacidad no es posible. En dicho caso, la norma reglamentaria exige que, a la acreditación de las razones técnicas o de riesgo que se presentan, se sume necesariamente el procedimiento de convocatoria y, de ser el caso, de evaluación. En efecto, si bien de una primera lectura parecería que

(3) "Artículo 56.- Reglas para la aplicación de la cuota de empleo en el ámbito privado

56.1 Los empleadores, al registrar a sus trabajadores en la Planilla Electrónica, señalan obligatoriamente si se trata de personas con discapacidad.

56.2 La obligación de los empleadores privados con más de 50 trabajadores para contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3 % de la totalidad de su personal, es de carácter anual.

56.3 El Sistema de Inspección del Trabajo determina en el mes de enero de cada año, el cumplimiento de la cuota correspondiente a las personas con discapacidad, en el año anterior. Para ello, verifica la información contenida en la Planilla Electrónica, aplica los criterios de cálculo previstos y notifica a los empleadores que no han cumplido con la cuota, dando inicio al correspondiente procedimiento sancionador.

56.4 Los empleadores notificados por el incumplimiento efectúan sus descargos acreditando fehacientemente:

a) No haber generado, en el año, nuevos puestos de trabajo o vacantes por cubrir por la terminación del vínculo laboral en cualquiera de sus causas.

b) En caso de haberse generado vacantes en el año, deben concurrir:

1.1 Razones de carácter técnico o de riesgo vinculadas al puesto de trabajo que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad en la empresa;

1.2 Haber ofertado los puestos de trabajo en el servicio de Bolsa de Trabajo que se ofrece en la Ventanilla Única de Promoción del Empleo, o de los servicios prestados por otras entidades articulados a dicha Ventanilla;

1.3 Haber omitido todo requisito que constituya una exigencia discriminatoria contra las personas con discapacidad; y,

1.4 Haber garantizado que los procesos de evaluación específicos permitan la efectiva participación de las personas con discapacidad que postulen.

56.5 Los servicios de Acercamiento Empresarial y de Bolsa de Trabajo que se prestan a través de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en cogestión con los gobiernos regionales, desarrollan estrategias especializadas de vinculación entre oferta y demanda, para facilitar a los empleadores el cumplimiento de la cuota".

se trata de dos situaciones distintas, el artículo 56, señala que las condiciones que sustentan los descargos concurran.

Lo antes mencionado se corrobora con lo que señala el Proyecto de Normas Complementarias para la Aplicación y Fiscalización de la Cuota de Empleo para Personas con Discapacidad aplicable a Empleadores Privados (objeto de pre publicación mediante Resolución Ministerial Nº 162-2014-TR), cuando señala en su artículo 20 que "cuando en la convocatoria realizada por el empleador para un puesto de trabajo concreto, se comprueba la postulación de persona con discapacidad (…) el análisis exige la concurrencia de los cuatro supuestos establecidos en el literal b) del numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento". Por su parte, el artículo 21 establece que "cuando en la convocatoria realizada por el empleador para un puesto de trabajo concreto, se compruebe que no hubo postulación de alguna persona con discapacidad el análisis exige la concurrencia de los supuestos contenido en lo numerales 1.1., 1.2. y 1.3. del numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento", es decir, todos salvo la implementación del proceso de evaluación y sus condiciones.

En tal sentido, la convocatoria siempre es obligatoria, aun cuando se considere que el puesto no puede ser ocupado por una persona con discapacidad, y la empresa tenga como acreditarlo técnicamente. Todo dependerá de si existen postulantes o no. Si existiesen, debe aplicarse el proceso de evaluación correspondiente.

Así pues, la acreditación de las razones de carácter técnico y de riesgo que dificultan la incorporación de trabajadores con discapacidad tiene como objeto en realidad "explicar la nula o escasa participación de las personas con discapacidad en la convocatoria y proceso de selección realizados", pero no liberar de la carga de realizar tal convocatoria y proceso de selección. Ello sería ratificado por lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Proyecto, donde se describe que se considera como razones técnicas y razones de riesgo, respectivamente. Habría que analizar si es conveniente mantener una regulación de este tipo.

De otro lado, con relación al supuesto en el que el incumplimiento de la cuota se justifica en que no hubo vacantes para la contratación de personal con discapacidad, resulta interesante ver que el Proyecto establece como obligación del empleador, al realizar sus descargos, acreditar (i) que el número de trabajadores y los trabajadores son los mismos a los registrados en la planilla electrónica el año anterior, o (ii) que el número de trabajadores de la empresa disminuyó, sin haberse generado convocatorias de personal para cubrir los puestos vacantes (art. 12). Agrega, además, que "para efecto de la acreditación (…) los trabajadores con contrato de suplencia no se consideran nuevos trabajadores ni persona que cubre puestos vacantes".

Lo antes señalado nos grafica que, mientras no haya la necesidad de contratar personal no existiría la obligación de completar la cuota, pero que apenas surja esa necesidad, la convocatoria debe estar dirigida a dicho personal hasta completar el porcentaje de contratación de personal discapacitado establecido por ley. Ello no alcanza, según el Proyecto, a los supuestos de suplencia, en los cuales existe un titular que, en un determinado momento, debe regresar al puesto en el que ha sido suplido (art. 12).

Finalmente, en materia de acceso al empleo, es importante resaltar la obligación que establece la Ley para las entidades públicas[4] de cubrir la salida de personal discapacitado, sea por renuncia, despido justificado, jubilación o fallecimiento, con otra persona con discapacidad (art. 49), a efectos, agrega el Reglamento, de alcanzar y mantener la proporción de la cuota de empleo (art. 55). Es de observar que la norma no menciona el caso de la invalidez absoluta permanente, que es una forma de conclusión del vínculo laboral distinta a las antes mencionadas, tal como se puede observar en el artículo 16 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL)[5].

III. ESTABILIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD

Ahora bien, la Ley no se ha limitado a garantizar a la persona con discapacidad la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, sino que además ha previsto una protección dirigida a la conservación del empleo. En esa línea el artículo 51, Ley establece que "el personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas".

Este dispositivo grafica la protección que ha decidido implementar el legislador con relación a la estabilidad laboral del personal discapacitado. Como es

(4) Es de observarse que si bien se trata de una norma dirigida a las entidades públicas, en muchas de esas entidades el personal está sujeto al régimen de la actividad privada, por lo que le alcanza la regulación contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(5) Aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

bien sabido, la estabilidad laboral, derecho laboral relacionado directamente con la conservación del empleo, tiene dos manifestaciones: (i) la estabilidad de entrada, por la cual el trabajador desde el inicio de la relación tiene protección en la extinción del vínculo; y (ii) la estabilidad de salida, vinculada a la protección adecuada contra el despido arbitrario (injustificado).

En este caso, la protección alcanzaría en principio a la estabilidad de salida. En efecto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 51 de la Ley, la extinción del vínculo laboral con una persona que adquiere una discapacidad implica una serie de condiciones previas que apuntan a defender su permanencia en la empresa. Así pues, se exige lo siguiente:

- Realizar los "ajustes razonables correspondientes".
- Realizados los citados ajustes, verificar si la discapacidad no es determinante para el desempeño de sus labores.
- Si la discapacidad es determinante para el desempeño de las labores, transferir al personal a un puesto que sea acorde con sus capacidades y aptitudes, siempre que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas.

Siendo así, solo será posible extinguir el vínculo laboral con un trabajador que ha adquirido una discapacidad cuando, (i) habiéndose realizado los ajustes razonables correspondientes, la discapacidad impide el desempeño de las labores, o (ii) no exista un puesto acorde con las capacidades y aptitudes del trabajador o su asignación implique riesgos para su seguridad y salud del trabajador o de otras perdonas.

Tres aspectos relevantes sobre esta materia. El primero es que, la norma hace referencia al caso en que un trabajador adquiere la discapacidad durante la vigencia de la relación laboral. ¿Qué sucedería en el caso que la discapacidad haya sido adquirida antes de la contratación? Pues, en ese caso la situación podría ser aún más estricta, toda vez que se entendería que la decisión de contratar a una persona con discapacidad sujeta al empleador a mantenerlo hasta que se presente alguna causa de despido que no esté vinculado a su estado.

De otro lado, es importante observar como la obligación de mantener en el puesto a la persona con discapacidad es absolutamente ajena al origen de su condición. En efecto, carece de importancia los motivos que originaron la discapacidad del trabajador. No es necesario que las mismas deriven de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, sino que podría haber sido ocasionada por

una enfermedad común o un accidente casero. Lo que importa es que la persona haya quedado discapacitada.

Finalmente, encontramos la referencia a "ajustes razonables", los mismos que, de acuerdo al artículo 50 de la Ley Nº 29973, "comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad". Tales ajustes, como puede observarse, podrían generar una reorganización que, en algunos casos, implicaría un alto costo para la empresa. En esa medida, el mismo artículo señala que "los empleadores públicos o privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo por el Ministerio de Economía y Finanzas". Asimismo, agrega que "los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que supone una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo".

Por su parte, el Reglamento, en su artículo 57, deriva al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la regulación técnica de los ajustes razonables, agregando a los supuestos citados por la Ley, a los cambios en el espacio físico, provisión de ayudas técnicas, servicios de apoyo, programas de entrenamiento, actualización laboral, programas de ascenso, etc. Además, deriva a la Autoridad Administrativa de Trabajo la fijación de los criterios para determinar si la realización de ajustes razonables constituye una carga económica excesiva.

A partir de ello, se ha prepublicado, mediante Resolución Ministerial Nº 162-2014-TR, el Proyecto de Normas para el Diseño, Implementación y Ejecución de los Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado. Dentro de lo más relevante establecido en dicho proyecto encontramos la referencia a que "los costos económicos por ajustes razonables en el lugar de trabajo deben devengarse en el ejercicio correspondiente y sustentarse mediante comprobantes de pago" (art. 7), así como la fijación de los estándares técnicos para determinar la existencia de una carga económica excesiva (art. 9).

La regulación antes señalada nos muestra una clara línea hacia el blindaje de la estabilidad en el empleo, especialmente con relación a la estabilidad de salida, del personal discapacitado. Ello, como veremos más adelante, ha relativizado la normativa existente en materia de extinción de vínculo laboral contenida en la LPCL y el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-97-TR (en adelante, RLFE).

1. Efectos sobre la invalidez absoluta permanente como forma de extinción del vínculo laboral

El artículo 16 de la LPCL señala como una causa de extinción del contrato de trabajo a la invalidez absoluta permanente. Al respecto, el artículo 20 de la misma norma dispone que "la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral".

En este caso nos encontramos ante una situación en la cual se presenta una circunstancia que da por concluida la relación laboral. Pertenece, pues, a un grupo de causas de extinción del vínculo laboral cuya característica común, a decir de la doctrina, "es que no expresan una voluntad encaminada directa y exclusivamente a la extinción del contrato, sino que derivan de una decisión o acontecimiento que provoca, exige o justifica su finalización"(6). En casos como este, "el carácter personalísimo de la prestación del trabajador provoca que una imposibilidad material, física o jurídica, de ejecutar su actividad profesional por parte del trabajador, determine la ineluctable extinción del contrato de trabajo"(7).

Nuestro ordenamiento establece, en el artículo 20 de la LPCL, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, que la situación de invalidez debe ser declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy, Essalud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Se entiende, pues, que existiendo la declaración de invalidez absoluta permanente, el vínculo laboral concluye. Sin embargo, ante la nueva normativa que existe sobre la discapacidad, y considerando que la invalidez puede generar tal condición, no falta quién alegue que las disposiciones sobre conservación del empleo contenidas en la Ley Nº 29973, son aplicables a este caso, siendo exigible la implementación de ajustes razonables, la verificación de si la incapacidad es determinante para la realización de las labores y, por último, la posibilidad de cambiar de puesto al trabajador.

Desde nuestro punto de vista, la invalidez absoluta permanente nos presenta un cuadro en el cual el trabajador está totalmente imposibilitado de desarrollar labores, y en atención a ello, su incapacidad es tal que no cabe la aplicación del procedimiento de protección de la conservación del empleo regulado por la Ley Nº 29973. Tal procedimiento será aplicable en todo caso a los supuestos de

(6) MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. *Derecho del Trabajo.* 17ª ed., Tecnos, Madrid, 1991. p. 713.

(7) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo.* Tecnos, Madrid, 2008, p. 328.

invalidez parcial permanente, figura que puede llevar a la conclusión del vínculo laboral bajo la figura del despido (como veremos más adelante).

Lo antes señalado quedaría ratificado al no haber sido objeto de modificación la regulación de la invalidez absoluta permanente como causa de extinción del vínculo laboral por las normas sobre la persona con discapacidad, a diferencia de la regulación del despido por incapacidad, que si ha sido objeto de cambios.

2. Efectos sobre la incapacidad como causa de despido

El artículo 16 de la LPCL considera como una forma de extinción del contrato de trabajo al despido. La LPCL, además, ha considerado la existencia de causas justas de despido relacionadas con la conducta y causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador. La diferencia más importante entre ambas figuras la constituye el procedimiento de despido previsto por ley. En el caso de las causas relacionadas con la conducta el procedimiento incluye un preaviso de seis (6) días a efectos de que el trabajador realice sus descargos, mientras en las causas relacionadas con la capacidad se le otorga treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (art. 31 de la LPCL). A ello se suma, en cada caso específico, una serie de condiciones para la comprobación o acreditación de la causa.

Entre las causas de despido vinculadas con la capacidad del trabajador encontramos a las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas (inciso "a" del art. 23 de la LPCL). Nótese que el texto original de la norma señalaba como causa del despido "el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus funciones". Dicho texto fue modificado por la Ley, que estableció como causa de despido "las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros". De esta manera, la garantía de protección frente al despido reproduce en parte lo establecido en el artículo 52 de la Ley, referido a la conservación del empleo por parte de las personas con discapacidad.

Como puede observase, el cambio del texto trae consigo también un cambio en los lineamientos para la aplicación de esta causal de despido. En efecto, en la versión original, para que proceda el despido se exigía que se presente una situación de (i) detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida, la misma que además tenía que ser (ii) determinante para el desempeño de sus funciones. La doctrina, además, entendía que la referencia a "ineptitud sobrevenida"

era reiterativa y que todo debía considerarse como un solo supuesto: "disminución significativa de las aptitudes físicas y mentales del trabajador"[8], al que se le exigía, además, ser determinante para el cumplimiento de las tareas encomendadas. La doctrina también señalaba que esta causa de despido comprendía a la invalidez parcial permanente[9], la que, de impedir el desempeño normal de las labores del trabajador y ser debidamente certificada, podía justificar el despido. La certificación en mención debía ser realizada, de acuerdo al artículo 33 del RLFE, por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy, EsSalud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Abogados de Lima, a solicitud del empleador.

El nuevo texto se ajusta a las disposiciones de conservación en el empleo contenidas en la Ley. De acuerdo a la modificación, el despido procede si se presentan las siguientes condiciones:

(i) Se presente una deficiencia física, intelectual, mental o sensorial (certificada bajo el procedimiento previsto en el RLFE para estos efectos, citado anteriormente).

(ii) La deficiencia presentada sea sobrevenida, es decir, posterior al inicio de la relación.

(iii) Realizados los ajustes razonables correspondientes, la deficiencia impida el desarrollo de las labores del trabajador.

(iv) Existiendo el impedimento citado, no exista un puesto vacante al que pueda ser transferido el trabajador, o existiendo, constituya un riesgo para su seguridad y salud o la de terceros.

Con relación a la primera condición, puede observarse que la ineptitud, denominada ahora deficiencia, exigida puede ser física, intelectual, mental o sensorial. El texto original solo comprendía los supuestos de ineptitud física y mental. Ello denota una ampliación de la causal de despido (basada en la definición legal de la persona con discapacidad) que, en principio podría llevar a pensar en una flexibilización de la regulación sobre la extinción del contrato de trabajo.

(8) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano.* ARA, Lima, 2002, p. 142.

(9) CASTRO OTERO, José Ignacio. "La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente". En: *Laborem* Nº 8, Sociedad Peruana de Derecho al Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2008, pp. 363-378.

Sin embargo, a diferencia de la regulación original, que solo exigía que la ineptitud (debidamente certificada) sea sobrevenida y determinante para el desempeño de las labores del trabajador, la normativa actual dispone la realización de los, ya comentados, "ajustes razonables", que pueden comprender una serie de modificaciones a las condiciones en que presta servicios el trabajador. Cabría en todo caso preguntarnos si es posible aplicar a este caso la negativa a realizar tales ajustes acreditando que los mismos implicarían una carga económica excesiva, tal como se establece cuando se regula la obligación general de ajustes razonables en la empresa (art. 50 de la Ley). El tema no ha sido recogido en los cambios realizados al artículo 23 de la LPCL, por lo que tal oposición podría ser objeto de cuestionamiento. En todo caso, se trata de un tema que debería ser objeto de revisión, evaluándose una modificación al RLFE en esta materia.

Ahora bien, una vez realizados los ajustes razonables correspondientes, recién podría evaluarse si la situación ha cambiado, o sigue siendo un impedimento para la realización de las labores del trabajador. Si la conclusión es que el impedimento se mantiene, entonces el empleador tendrá que proceder a verificar si es que hay puesto al que pueda ser transferido el trabajador. De confirmar que tal puesto existe, el empleador deberá, además, verificar si el mismo constituye un riesgo para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

Recién en ese momento, el empleador estará habilitado a imputar la causa del despido, otorgándole además al trabajador treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Siendo así, podemos concluir que la carta de imputación de faltas en supuestos de deficiencia debería contener, además de la referencia a la situación presentada, la certificación de la misma por un órgano autorizado, la explicación de los motivos por los cuales no se han presentado los ajustes razonables correspondientes o de los motivos por los que, habiéndose realizado tales ajustes, no se ha asignado un puesto de trabajo nuevo.

Lo que se nota entonces, a diferencia de la impresión inicial, es que la utilización de esta causal se ha restringido ampliamente, en búsqueda de una mayor protección de las personas con discapacidad, haciendo más complejo el procedimiento de despido con la incorporación de una serie de requisitos adicionales.

3. Efectos en materia de despido nulo

La Ley ha modificado el artículo 29 de la LPCL, agregando como un supuesto más de despido nulo la discriminación por razón de discapacidad. Este tipo de despido comprende a aquellos casos especiales en los que la decisión unilateral

injustificada del empleador de dar por concluida la relación, vulnera derechos fundamentales del trabajador distintos al derecho al trabajo (tutela jurisdiccional efectiva, sindicación, no discriminación, etc.), por lo que su declaración comprende, por decisión legal, la reposición en su puesto de trabajo del titular de tales derechos(10).

Es cierto que una visión amplia de la discriminación regulada en el inciso "d" de la citada norma, que comprendería a cualquier tipo de discriminación en el mismo, sin considerar la lista consignada en la versión original como taxativa, haría innecesaria la incorporación expresa de este supuesto.

Al respecto, debemos tener presente que, como señala Toyama Miyagusuku, la "Corte Suprema ha destacado que esta cláusula no puede interpretarse en forma limitada y, más bien, debe comprender todo supuesto de discriminación carente de una justificación objetiva"(11). El mencionado autor cita para tal efecto la Cas. Nº 2386-2005-Callao en la que la Corte Suprema ha señalado que "un despido es nulo si se basa en despidos discriminatorios distintos a los regulados por la LPCL pero regulados por la Constitución"(12).

En todo caso, el problema podría presentarse si es que alguien alega que la causa objetiva justificante es justamente la calidad de discapacitado del trabajador. Lo que buscaría entonces la nueva disposición es dejar sentado que dicha justificación no se presentaría en este caso considerando la protección especial que nuestro ordenamiento ha decido brindar a los discapacitados, por lo que un despido basado en la sola situación de discapacidad del trabajador sería nulo.

4. Efectos en materia de despido indirecto (actos de hostilidad)

Nuestro ordenamiento regula la figura de los actos de hostilidad, es decir, decisiones o manifestaciones del empleador que atentan contra derechos de trabajadores que mantienen una relación laboral vigente. Ante dicha situación, de acuerdo a la LPCL (art. 35) el trabajador puede solicitar el cese del acto de la hostilidad o, de considerarlo pertinente, darse por despedido, cumpliendo para ello con determinados requisitos (como la presentación de un preaviso al empleador). Esta última figura es conocida como despido indirecto.

Si el trabajador opta por el despido indirecto y acredita la validez del mismo en un proceso judicial, le corresponde el pago de la indemnización por despido

(10) Hacemos referencia al origen legal, toda vez que a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional (mediante STC Exp. Nº 976-2001-AA/TC y STC Exp. Nº 276-2005-PA/TC) ha incorporado supuestos de despido distintos al nulo, en los que procede la reposición (despido incausado y despido fraudulento).

(11) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho individual del trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 441.

(12) Ídem.

arbitrario que hubiese recibido de haber incurrido el empleador en dicho supuesto (art. 35, inciso "b", de la LPCL).

Así pues, la Ley ha modificado el artículo 29 de la LPCL incorporando como actos de hostilidad a los actos de discriminación por razón de discapacidad (inciso "f") y la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad (inciso "h").

Con relación al primer caso, la norma original consideraba como actos de hostilidad "los actos discriminatorios por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma", de manera formalmente taxativa. Si bien es cierto, podría aplicarse a este caso el mismo razonamiento que para el despido nulo, entendiendo la el supuesto como abierto a cualquier actos discriminatorio, la modificación ha apuntado a cerrar el tema, consignando expresamente el supuesto de discriminación por discapacidad, pero agregando además a los actos de "cualquier otra índole".

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, tal como sucede en el caso del despido nulo, la Ley busca dejar en claro, en la línea de lo señalado en su artículo 8[(13)], que la discapacidad constituye, de manera indiscutible, un motivo prohibido de discriminación dentro de las relaciones laborales. En todo caso, cualquier diferenciación deberá ser favorable al trabajador discapacitado, sin que ello constituya, además un acto discriminatorio contra el resto, pues, allí sí, la diferenciación tiene un sustento justificado (la discapacidad). Sobre esto último, el artículo 8 de la Ley señala que "no se consideran discriminatorias las medida positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad".

En esa línea, y siguiendo las nuevas disposiciones sobre la situación de las personas con discapacidad en el empleo, los actos discriminatorios de esta naturaleza podrían incluso haberse considerado comprendidos en la referencia a todos aquellos actos "que afectan la dignidad del trabajador" (inciso "g").

Sobre esta materia, el Proyecto de Normas para el Diseño, Implementación y Ejecución de los Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado (prepublicado mediante Resolución Ministerial Nº 162-2014-TR) señala que además de la negativa de realizar ajustes razonables (que, como veremos más adelante, es ahora considerado un acto de hostilidad), constituyen un acto discriminatorio "toda distinción, exclusión o restricción por motivos de incapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de uno o

(13) Dicho artículo señala que "es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas".

varios derechos de la persona con discapacidad". Si bien, por razones de jerarquía normativa, no podríamos entender que estás disposiciones amplíen los supuestos considerados a nivel legal, ayudaría a conceptualizar la referencia de la nueva regulación a actos de discriminación por razón de discapacidad.

Finalmente, la norma ha incluido como acto de hostilidad "la negativa a realizar los ajustes razonables correspondientes". Sobre el particular, solo deseamos indicar que, tal obligación (realizar ajustes razonables), no estaría pensada únicamente en los supuestos de despido por incapacidad, sino principalmente en las condiciones del trabajador con la relación vigente.

5. ¿Efectos en la contratación temporal?

Por último, nos quedaría reflexionar brevemente sobre si la protección derivada de las normas sobre discapacidad también tiene implicancias con relación a la contratación temporal, ampliándose así a la estabilidad de entrada. Así pues, podrían ser parte de la reflexión si es que un trabajador con discapacidad sobrevenida puede ser cesado por cumplimiento del plazo de su contrato temporal o si la incapacidad le genera una estabilidad permanente. También podríamos preguntarnos si es posible la contratación temporal de aquellos trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, si no ha existido modificación alguna a las disposiciones sobre contratación temporal, estando el contrato modal bien celebrado, es oponible al trabajador discapacitado el plazo de conclusión señalado en el mismo.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido observar, la regulación sobre la situación en el empleo de las personas con discapacidad ha generado consecuencias importantes en materia de acceso al empleo, de protección del personal discapacitado durante la vigencia de la relación laboral, y en especial, de protección a dicho universo de trabajadores en la conclusión del contrato de trabajo, generando cambios importantes en materia de derecho al trabajo y estabilidad laboral.

APORTE DE LA JURISPRUDENCIA A LA CONFIGURACIÓN DE LAS CAUSALES DE FALTA GRAVE EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

OXAL VÍCTOR ÁVALOS JARA[1]

I. PRESENTACIÓN

Dese hace varios años, la jurisprudencia viene desempeñando un papel muy importante en el ámbito del Derecho del Trabajo, al punto que, en muchos casos, no es posible aplicar literalmente la Ley a ciertos hechos jurídicos porque esta es insuficiente o deficiente, de manera que para tener absoluta certeza de que estamos empleando correctamente un derecho es indispensable saber cómo se han pronunciado en casos similares nuestros órganos judiciales o jurisdiccionales

Y es que, teniendo como premisa la protección de los derechos fundamentales de las partes, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, por mencionar solo a algunos, han emitido sentencias y resoluciones valiosas en el devenir de sus funciones, reconstruyendo de algún modo el Derecho del Trabajo.

(1) Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Laboral, Procesal Laboral y Derecho Empresarial. Con estudios completos de maestría con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asesor del Despacho Ministerial en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Secretario Técnico y Jefe de la Asesoría Técnica del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo. Árbitro perteneciente al Registro Nacional de Árbitros del Sector Privado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro del Consejo Especial encargado de la designación de los presidentes de tribunales arbitrales en los conflictos en donde participen entidades del Sector Público. Procurador público ad hoc para ejercer la defensa del Estado peruano en un caso de relevancia particular del sector trabajo. Autor de diversos libros y artículos sobre la especialidad.

En el caso de la extinción del contrato de trabajo el aporte ha sido muy significativo, ya que dadas las diversas particularidades de los casos concretos y, en varios de ellos, de la utilización temeraria y fraudulenta, los supuestos de conclusión de la relación laboral han sido sujetos de interpretación sobre la base de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo.

Es en virtud de lo señalado que en el presente trabajado abordaremos cada uno de los supuestos de extinción de la relación de trabajo a luz de los pronunciamientos judiciales y jurisdiccionales más relevantes.

II. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR LA COMISIÓN DE FALTA GRAVE

1. El procedimiento de despido

De acuerdo a nuestra legislación, para el despido de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, siendo que dicha causa justa debe estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

Las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador pueden ser de tres tipos: por la comisión de falta grave, por la condena penal por delito doloso del trabajador, o por su inhabilitación. Tratándose de estos casos, con el objeto de garantizar el derecho al debido procedimiento, se prevé que el empleador no podrá despedir al trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare. Se exceptúa de este procedimiento, los casos de comisión de falta grave flagrante y cuando no resulte razonable tal posibilidad[2]. Además, se establece que en este caso debe observarse el principio de inmediatez.

En la medida que los dispositivos legales pudieren generar dudas, existen diversos pronunciamientos que ayudan a clarificar determinados aspectos sustantivos y adjetivos. Así, resulta importante mencionar que Tribunal Constitucional

(2) Procedimiento concordante con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nº 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, no ratificado por el Perú.

ha señalado[3] que, como quiera que nuestra legislación ha establecido que el plazo mínimo para que el trabajador efectúe sus descargos es de 6 días hábiles, cualquier acto del empleador que contravenga ello y que, en concreto, establezca un plazo menor, atenta contra los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del trabajador, pues lo somete a un estado de indefensión. Asimismo, en lo que respecta a las cartas de preaviso y de despido, dicho órgano colegiado precisa que estas no pueden tener una simple descripción de los hechos presuntamente imputados, sin indicar cómo y en qué circunstancias se habría producido la falta, y mucho menos sin mencionar los elementos probatorios que acreditarían la comisión de la falta.

En cuanto a la exoneración del procedimiento de despido, el supremo intérprete de nuestra Constitución ha mencionado[4] que: "Debe tenerse presente que la exoneración del procedimiento previo al despido, prevista en la citada norma legal, solo será viable si se configuran en el caso dos supuestos: Primero, que la falta grave sea efectivamente flagrante; y segundo, que esta revista tal gravedad que haga irrazonable la posibilidad de concederle el derecho de defensa al trabajador".

Si bien es cierto la norma no menciona qué es la flagrancia, es menester indicar que la Corte Suprema ha manifestado[5] que "el término flagrante está ligado a la concepción 'que se está ejecutando actualmente'; (...) pensar diferente implicaría que, a criterio subjetivo de los empleadores, estos podrían cesar a sus trabajadores sin otorgarles el derecho de defensa cuando supongan que la falta grave es tan clara que no necesita de pruebas. (...), por lo tanto, (...) el empleador que despide sin conceder el derecho de defensa al trabajador asume, una vez impugnada por este dicha extinción ante la autoridad judicial, no solo la obligación de probar la existencia de la falta (...), sino, además, que esta fue flagrante, pues de no acreditar esta circunstancia debe reputarse que privó injustificadamente al trabajador de aquel derecho fundamental".

Sobre esto, también hay que tener en consideración que en su momento se ha precisado[6] que "tratándose de la causal de delito doloso como causa justa para el despido, no resulta aplicable el artículo 31 del [Decreto Supremo Nº 003-97-TR], toda vez que el derecho de defensa y la posibilidad de presentar sus descargos ya han sido ejercidos por el trabajador en el respectivo pro-

(3) En la STC recaída en el Exp. Nº 02300-2006-PA/TC.

(4) En la STC recaída en el Exp. Nº 04622-2009-PA/TC.

(5) En la Cas. Nº 780-2005-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de mayo de 2006.

(6) En la STC recaída en el Exp. Nº 05412-2005-AA/TC.

ceso penal donde se ha establecido su responsabilidad penal. En consecuencia (...), la instauración de un nuevo procedimiento de despido sería, en este caso, una formalidad sin ninguna utilidad práctica puesto que, como resulta obvio, mediante su instauración ya no sería posible desvirtuar lo que ha quedado firme mediante sentencia penal".

Por otro lado, sobre la inmediatez, la Corte Suprema ha mencionado(7) que "el principio de inmediatez (...) garantiza una adecuada racionalidad de carácter temporal entre la falta grave advertida, su imputación y la comunicación del despido del trabajador, debiendo existir proximidad entre el conocimiento de la falta por el empleador, o su comisión y la sanción". Asimismo, ha complementado señalando(8) que "si bien no existen parámetros temporales entre el hecho que motiva el despido y la declaración del mismo, el plazo no debe ser extenso, lo cual permitiría librar al trabajador de la responsabilidad imputada, puesto que la inmediatez supone un nexo de causalidad entre la conducta que ha sido tipificada como falta grave y la decisión del empleador de despedir al trabajador".

En esa línea, ha precisado(9) que "la inmediatez juega dos momentos bien definidos (...), desde la fecha en que la demandada tomó conocimiento de las faltas (...) hasta la fecha en que se remitió la carta de imputación de cargos (...), y (...) después de producido el descargo hasta la notificación de la carta de despido"(10) (11).

(7) En la Cas. Nº 1917-2003-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2007.

(8) En la Cas. Nº 3050-2009-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010.

(9) En la Cas. Nº 1917-2003-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2007.

(10) Si bien es cierto la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional tienen una misma lectura de lo que constituye el principio de inmediatez, es recomendable revisar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 00543-2007-PA/TC, pues en esta se realiza un análisis minucioso del referido principio.

(11) Para el procedimiento de despido, también es importante tener en cuenta otros aspectos. Por ejemplo, lo referente al ejercicio de la facultad sancionadora del empleador y la observancia de las circunstancias del caso y los antecedentes del trabajador, como ha sido desarrollado en la sentencia recaída en el Exp. Nº 02267-2009-PA/TC.). De conformidad con el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el empleador se encuentra facultado para sancionar disciplinariamente a los trabajadores, dentro de los límites de la razonabilidad, por cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo. Pero, ¿qué es la razonabilidad? Precisamente, la razonabilidad es el resultado del análisis y estudio de una serie de aspectos que rodean al caso en concreto, y entre ellos tenemos a las circunstancias del caso y los antecedentes del trabajador. En este entendido, la razonabilidad se convierte en un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad, y que justifica la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador. Un claro ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la sentencia recaída en el Exp. Nº 02426-2009-PA/TC, en donde el Tribunal Constitucional ha establecido que el despido de un trabajador por el hecho de haber sustraído S/. 30 de su empleador es desproporcionado.

De esta forma, para que el accionar sea razonable, el empleador debe tomar en consideración las circunstancias del caso y los antecedentes del trabajador. Como ocurre en la sentencia recaída en el Exp. Nº 060-2010-PA/TC, pues de lo contrario, la sanción que se aplique devendría no solo en irrazonable,

2. Los supuestos de falta grave

Nuestra legislación se refiere a la falta grave como una causa justa de extinción del contrato de trabajo, sin embargo, no logra definirla ni señalar cuáles son sus características. De esa labor se ha encargado la Corte Suprema, al señalar[12] que "por falta grave se entiende aquella conducta del trabajador que supone incumplimiento de sus obligaciones y que además cause perjuicio, consiente y deliberado, al empleador".

También ha mencionado[13] que "la falta grave como causa de extinción legítima del contrato de trabajo debe reunir determinadas características suficientes para sustentar la validez de la decisión extintiva del empleador a saber: a) la infracción de los deberes esenciales que impone al trabajador el contrato de trabajo, que si bien la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) no los enumera expresamente subyacen o se deducen de las propias causas de despido que constituyen normas secundarias que establecen una consecuencia jurídica para el caso de violación de las normas primarias que llevan implícitas; b) la gravedad de la falta grave que consiste en una lesión irreversible al vínculo laboral producida por acto doloso o culposo del trabajador que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral que por su carácter intuito personal por la vinculación directa a veces inmediata y constante entre el empleador y trabajador impide que pueda sobrevivir una relación que ha sido destruida por la desobediencia, la deslealtad, el engaño, el abuso de confianza o la inmoralidad; y c) la culpabilidad del trabajador que alude al actuar libre y no necesario lo que determina su imputabilidad y por consiguiente su responsabilidad por el incumplimiento

---

sino también desproporcionada. Similar criterio ha sido plasmado en la Cas. Nº 1210-2005-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre de 2007. En igual sentido, en la Cas. Nº 2147-2004-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2006, se hace referencia a la necesaria observancia de estos elementos. En estos casos, se señala que debe considerarse que, con respecto a los elementos que deben tomarse en cuenta para el ejercicio de la potestad sancionadora, el despido del trabajador debe guardar absoluta razonabilidad y proporcionalidad con la gravedad del incumplimiento de sus obligaciones de trabajo que configura la falta imputada, debiendo tenerse en cuenta la condición y jerarquía que ostentaba dentro de la organización administrativa del centro de labores. En esa medida, se concluye que si no se considera estos elementos, se vulneraría el derecho al debido proceso sustantivo, en la medida que los actos del empleador no se encontrarían plenamente justificados.

Existen otros casos que deben ser considerados para comprender los reales alcances del procedimiento de despido, como por ejemplo, los casos de transgresión del principio non bis in idem, que se presenta cuando se pretende despedir a un trabajador por un hecho que ya ha sido materia de discusión en un procedimiento de despido anterior (Exp. Nº 09752-2006-PA/TC), o cuando se aplica más de una sanción al trabajador por el mismo hecho (Exps. Nºs 01864-2009-PA/C y 04114-2011-PA/TC); también los casos en que se busca suprimir al trabajador el derecho de presunción de inocencia (Exp. Nº 05104-2008-PA/TC); o el caso del trabajador que, antes de dejar efectivamente su empleo, pretende revocar su renuncia cuando esta ya fue aceptada por su empleador (Exp. Nº 02726-2011-PA/TC).

(12) En la Cas. Nº 3373-2010-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de abril de 2013.

(13) En la Cas. Nº 1396-2011-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de julio de 2013.

de las obligaciones laborales que le conciernen sean estas atribuibles al dolo o a su negligencia inexcusable".

Más allá, y con relación a los deberes esenciales que emanan del contrato del trabajo, se ha afirmado(14) que "las obligaciones asumidas por las partes, con motivo del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las pactadas en contrato escrito, sino que las mismas derivarán, también, de las disposiciones normativas que la regulen. De allí que no resulte extraña la redacción del artículo 25 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, cuando prevé que constituye *falta grave*, aquella infracción por parte del trabajador de los *deberes esenciales que emanan del contrato* de trabajo, entendiéndose por tal, no solo a las obligaciones taxativamente previstas en aquel, sino a todos aquellos '(...) deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, buena fe y diligencia'. En ese sentido, si bien la principal obligación de los trabajadores en el marco de una relación laboral, se circunscribe a la prestación personal del servicio, en la normativa laboral se establecen exigencias mínimas que dicha prestación de servicio debe satisfacer, a efectos de un desenvolvimiento regular del vínculo laboral".

A la luz de lo afirmado, se señala(15) que "en el caso del *deber de obediencia*, tenemos que este tiene correlato con el poder de dirección, organización, fiscalización (y eventual sanción) de la prestación que ostenta el empleador, pues precisamente es aquel quien planifica y dirige la actividad empresarial u objeto social que desarrolle en el mercado, correspondiendo a los trabajadores el cumplimiento de sus directivas relacionadas con la ejecución de sus labores dentro de los límites de razonabilidad y respeto de derecho fundamentales (...). En cuanto al *deber de diligencia*, [se ha dicho que] 'el deber de trabajar es el de hacerlo diligentemente, de cumplir la prestación de manera ordenada y no defectuosa. Persigue la ejecución satisfactoria y ordenada del trabajo' (...). Por su parte, el *deber de buena fe*, encontramos que su acepción objetiva es la que adquiere mayor relevancia en la ejecución del contrato de trabajo, al tratarse de una relación jurídica personal y de duración continuada que exige de los sujetos intervinientes (empleador y trabajador), un comportamiento adecuado para el cumplimiento de los deberes que cada uno posee. En función de este principio, se impone la observancia del adecuado esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor del trabajo (empleador), así como para no lesionar derechos ajenos (...)".

(14) En la Cas. Nº 9483-2012-Cusco, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2013.
(15) Loc. cit.

Pues bien, luego de estas conceptualizaciones, abordaremos cada uno de los supuestos contemplados como falta grave y ver cómo es que la jurisprudencia ha superado las distintas deficiencias que ostentan.

a) Incumplimiento de las obligaciones de trabajo, quebrantamiento de la buena fe laboral, y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo

Con relación al incumplimiento de las obligaciones de trabajo, la Corte Suprema ha manifestado(16) que: "es obligación del trabajador (...) poner a disposición del empleador sus servicios directos y concretos; esto es, su prestación de servicios, la cual debe realizarse con la diligencia y dedicación adecuada compatibles con las características del empleo; el incumplimiento de esta obligación puede justificar el despido del trabajador aunque no se haya configurado un daño susceptible de apreciación pecuniaria, en contra del empleador".

Por su parte, respecto a la buena fe laboral, el Tribunal Constitucional ha referido(17) que este "no debe ser entendido, en modo alguno, solo como una obligación que le corresponde al trabajador, cuyo incumplimiento dé pie al despido previsto en el artículo 25, inciso a) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino como un deber que se desprende del propio contrato de trabajo y que impone por igual, tanto al trabajador como al empleador, una obligación de lealtad en el desarrollo de la relación laboral".

De manera más acuciosa, la Corte Suprema ha señalado(18) que "en doctrina se alude al principio de buena fe, a valores como la honestidad, honorabilidad, fidelidad, lealtad y en general a la confianza que debe primar en una determinada relación empleador-trabajador (...). En conclusión 'la buena fe no solamente es una presunción básica de toda manifestación del Derecho, sino que constituye un elemento que sirve como relacionante entre las partes de honestidad y cumplimiento de las obligaciones, de confianza mutua, de tal manera que sirve como referente regulador de la conducta de las partes'".

En este escenario, la Corte Suprema ha mencionado(19) que "cuando se alude al (...) 'incumplimiento de condiciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral' debemos entender que el contenido estricto de esta falta reside en el incumplimiento del trabajador de las labores que tiene

(16) En la Cas. Nº 1953-2004-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de mayo de 2006.

(17) En la STC Exp. Nº 00936-2009-PA/TC.

(18) En la Cas. Nº 1210-2005-Lambayeque, publicada en diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre de 2007.

(19) En la Cas. Nº 2147-2004-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2006.

asignadas en la empresa, es decir, las 'obligaciones de trabajo' cuyo incumplimiento se tipifica como falta grave se encuentra referido al contenido propio y específico de la labor que toca ejecutar al trabajador y no lato sensu como conjunto de obligaciones que impone la relación de trabajo lo cual supondría subsumir en este supuesto todas las infracciones a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo".

Asimismo, ha precisado[20] que "el incumplimiento de labores que suponen el quebranto de la buena fe laboral, no puede estar supeditada únicamente a acciones producidas por la mala fe, dolo o con ánimo de beneficiarse, por cuanto ello implicaría tácitamente que los actos de negligencia grave no podrían ser sancionados bajo esta causal; hipótesis esta que contradice ejecutorias emanadas por esta sala especializada"[21].

Ahora bien, sobre la configuración de la causal contenida en el literal a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se ha mencionado[22] que para la configuración de la falta grave *sub examine* no se requiere necesariamente un acto, pues "esta norma prevé un supuesto de hecho que comprende, también, las conductas omisivas, toda vez que el 'incumplimiento' puede ser entendido como una acción negativa, es decir, contraria a un hacer determinado"[23].

(20) En la Cas. Nº 1228-2003-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2006.

(21) Un interesante ejemplo de ello es el desarrollado en la Cas. Nº 106-98-Santa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de abril de 2000, en la que se afirma que: "[E]l trabajador al advertir que no se encontraba en buenas condiciones de salud y que presentaba somnolencia, debió pedir licencia y abstenerse de operar máquinas, lo que no hizo, incurriendo en negligencia y responsabilidad", por lo que se configuró la falta grave. También debe considerarse lo esgrimido por la Corte Suprema en la Cas. Nº 1834-2002-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio 2001, en la que se señala que: "[S]e ha determinado el incumplimiento de labores del demandado en cuatro oportunidades, esto es, al visarse el cierre de dos cuentas de ahorros y el cobro de dos cheques de gerencia de parte de terceros ajenos a quienes ostentaban el cargo de titulares de las cuentas de ahorros, estableciéndose el reiterado cumplimiento de las obligaciones laborales, todo lo cual ha generado el quebrantamiento de la buena fe laboral, aspecto que este último precisamente reviste de gravedad a la falta (...). [E]l accionar irregular y reiterado del actor ha ocasionado situaciones incómodas a los clientes del banco y titulares de las cuentas, generando desconfianza en el empleador, lo que hace irrazonable la subsistencia de la relación laboral (...).

(22) En la Cas. Nº 092-2002-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero 2002.

(23) Sobre esta causal, en la Cas. Nº 199-2004-Puno, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de noviembre de 2006, la Corte Suprema ha manifestado que la presentación de un certificado de salud falso no se inserta dentro de la causal de falta grave referida a brindar "información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja", sino que califica como "incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral", y así lo ha entendido la Corte Suprema cuando ha señalado que "carece de absoluta razonabilidad y proporcionalidad establecer que la presentación de un documento falso no reviste la gravedad que justifique la extinción del contrato de trabajo en tanto ello obviamente involucra la infracción del deber de fidelidad y de buena fe que son vaciados de contenido al entenderse que debe el empleador seguir vinculado a un trabajador que se vale de su falta de veracidad y probidad para justificar el incumplimiento de su débito laboral".

En el caso de la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, se ha mencionado[24] que "el contrato de trabajo determina obligaciones principales para el empleador y trabajador, así para el primero la obligación de abonar la remuneración por el servicio y para el trabajador la obligación de cumplir con la prestación personal efectiva del servicio compatible con el carácter *intuito personae* de este contrato desde el punto de vista del trabajador, y de la cual a su vez se deriva una serie de deberes esenciales entre ellos el de obediencia que supone respetar las normas internas y cumplir con las órdenes e indicaciones del empleador, buena fe que supone actuar y conducirse con lealtad, probidad y corrección".

Asimismo, se ha indicado[25] que "bastará el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo que revista de gravedad para que se configure una falta grave, ya que el inciso a) del artículo 25 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, no hace distinción respecto de los capítulos que contiene la norma interna, sancionando por igual la inobservancia de cualquiera de sus disposiciones en la medida que el incumplimiento revista gravedad".

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción

Sobre este caso, la Corte Suprema ha mencionado[26] que debe observarse el deber de diligencia del trabajador, pues "el deber de trabajar [supone] hacerlo diligentemente, de cumplir la prestación de manera ordenada y no defectuosa. Persigue la ejecución satisfactoria y ordenada del trabajo. Como manifestaciones de esta exigencia, encontramos en los literales b) y c) del citado artículo 25 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en donde se prevé la posibilidad que el empleador sancione la disminución deliberada y reiterada del rendimiento de los trabajadores, así como la utilización indebida de los bienes del empleador".

Ahora bien, en cuanto a la configuración de esta causal y el elemento de la reiterancia en un caso particular, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado[27] que "si bien se puede advertir (...) el cambio sustancial en el rendimiento del actor durante el último trimestre, su aceptación a la infracción del contrato de trabajo mediante las firmas que aparece en el informe (...), corroborada con las boletas de pago y la falta de acreditación del motivo justificado

(24) En la Cas. Nº 199-2004-Puno, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de noviembre de 2006.

(25) En la Cas. Nº 4512-2009-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de mayo de 2011.

(26) En la Cas. Nº 9483-2012-Cusco, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2013.

(27) En la STC Exp. Nº 7020-97-IND(S), del 12 de enero de 1997.

de su bajo rendimiento sustentado en una nueva cartera de clientes, también es verdad que la demandada no ha probado con documento alguno la exhortación previa efectuada al reclamante para que mejore su rendimiento, por lo que tal omisión no prueba la reiterancia, establecida en la Ley para esta clase de faltas (...)".

En similar sentido, el Tribunal Constitucional ha referido[28] que no solo basta verificar las deficiencias del trabajador, que deben ser comparadas con sus compañeros y su propio rendimiento, pues también en necesario seguir el procedimiento previo al despido. Así, se señala que "de los resultados de dicha evaluación se constata no solo que su rendimiento es claramente deficiente en comparación con el promedio de los demás operadores, sino que (...) se percibe una clara disminución de su rendimiento en comparación con su propio rendimiento (...), lo que evidencia la deficiencia de su rendimiento, [por lo que] la demandante habría incurrido en causa justa de despido relacionada con su conducta y capacidad prescrita en los incisos a) y b) del artículo 25 de la precitada ley; [sin embargo], la demandada no ha acreditado (...) que se haya otorgado a la demandante el plazo de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia".

c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos

Sobre este caso, hay que indicar que el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que el hecho de que los actos realizados por el trabajador no tengan connotación penal, no quiere decir que las faltas graves imputadas no existan, pues independientemente de que se trata de dos asuntos distintos, no es condición para la existencia de la falta grave que el hecho tenga incidencia penal. Así, ha señalado[29] que esta "causal de (...) despido no se asienta en el carácter delictuoso, o no, de los hechos que se le atribuyeron [al trabajador], sino en supuestos legales totalmente distintos. Siendo así, el archivamiento fiscal de la denuncia (...) constituye una situación totalmente ajena y sin relevancia respecto al acto de despido materia del que fue objeto el demandante".

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, a efectos de la aplicación de esta causal de despido, no basta tener en cuenta solo la realización literal del hecho, además, debe evaluarse que la infracción sea de tal intensidad que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral. Así, por ejemplo, la Tercera Sala

(28) En la STC Exp. Nº 0794-99-AA/TC.

(29) En la STC Exp. Nº 2511-2003-AA/TC.

Laboral de Lima ha señalado[30] que "si bien el demandante merece la aplicación de una medida disciplinaria por su actuar [regalar a otro compañero una bolsa de caramelos de propiedad de la empresa y destinada a otros fines], también es cierto que toda sanción debe ser proporcional al daño causado y a los antecedentes del trabajador sancionado, siendo en el presente caso desproporcionada, más aún si tenemos en cuenta que dicho trabajador no presenta antecedentes negativos en el desempeño de sus labores (...), que reconoció su error, que no se ha apropiado de los bienes de la empresa (caramelos) y que los entregó a su compañero en gratitud por apoyarlo en la atención a una cliente (...) por lo que ha colaborado con el buen trato a los clientes de la propia empresa".

No obstante, el Tribunal Constitucional tiene un criterio más radical al señalar que basta la acreditación del hecho objetivo para que se configure la causal del despido. Así, tratándose del caso de un trabajador que desempeñaba las funciones de cajero y que, luego del arqueo de caja se detectó que sustrajo la suma de S/. 30, ha manifestado[31] que: "se acredita fehacientemente la sustracción del dinero por parte del recurrente, configurándose de esta manera la falta grave prevista en el artículo 25, inciso c) del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, no importando la cantidad de dinero objeto de apropiación indebida, puesto que en cualquier caso dicha acción resulta reprobable".

d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción, y la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja

La Corte Suprema ha establecido[32] que "para la configuración de la falta referida a 'proporcionar información falsa al empleador' no basta la acreditación del hecho objetivo de la información falsa sino que también se requiere para la configuración de tal falta que la falsedad obedezca a la voluntad del trabajador de causar perjuicio al empleador". En efecto, ha mencionado[33] que: "Cuando se alude a la causal de falta grave contemplada en el inciso d) del artículo 25 de la (...) Ley de Productividad y Competitividad Laboral, (...) esto es, proporcionar información falsa al empleador, debe interpretarse que el elemento material u objetivo es el dato falso que el trabajador suministra al empleador pero para que se configure la falta es necesario que concurra un elemento subjetivo, el *animus nocendi* del trabajador para obtener una ventaja para sí. Entonces, para la configuración

(30) En la STC Exp. Nº 313-2008-IDA(S).

(31) En la STC Exp. Nº 02426-2009-PA/TC.

(32) En la Cas. Nº 2147-2004-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de julio de 2006.

(33) Loc. cit.

de la mencionada falta no basta la acreditación del hecho objetivo de la información falsa sino que también se requiere para la configuración de tal falta que la falsedad obedezca a la voluntad del trabajador de causar perjuicio al empleador".

Por otro lado, respecto, a la calificación objetiva de la falta grave y a los elementos configurantes de ella, se ha manifestado(34) que "el análisis de cualquier falta grave debe partir de la premisa de que toda infracción debe ser evaluada de forma objetiva, pues de lo contrario se le estaría facultando al empleador para que por cualquier motivo de cuestionable relevancia pueda despedir a sus trabajadores, alegando simplemente que él consideró o valoró que determinados hechos o accionar del trabajador a su criterio constituyen una falta susceptible de ser sancionada con el despido. Ello implicaría legitimar una serie de excesos, los cuales podrían derivar, incluso, en transgresión a los derechos fundamentales del trabajador, como por ejemplo sería la violación al derecho a no ser discriminado, cuando se sanciona a un trabajador con el despido y a otro por el mismo hecho solo con amonestación; (...). Asimismo, deben ponderarse dos situaciones para determinar la falta grave: primero una objetiva que consiste en dar el dato falso que el trabajador le suministra al empleador y segundo, el subjetivo, consistente en la intención de causar un daño a la empleadora con el fin de tener una ventaja para el trabajador".

En similar sentido, la Corte Suprema ha señalado(35) que "para la configuración de la falta grave referida a 'el uso o entrega a terceros de información reservada de empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa', no basta la acreditación del hecho objetivo al uso o entrega a terceros de información reservada del empleador y la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa sino que también se requiere para la configuración de esta falta que la falsedad obedezca a la voluntad del trabajador de causar perjuicio al empleador (...).

Por otra parte, para la existencia de esta causal no es necesario que se presente una conducta dolosa. Así, la Corte Suprema ha indicado(36) que "considera que la recurrida interpreta erróneamente el artículo 25 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR al introducir un elemento (el dolo como elemento configurativo), lo cual no resulta indispensable para acreditar la existencia de falta grave referida al incumplimiento de sus obligaciones; que esta falta de percepción ha significado que la Sala de vista pierda la objetividad de la imputación, puesto que, independientemente de si el actor se favoreció económicamente o no (...), lo cierto

(34) En la Cas. Nº 2490-2010-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2013.

(35) En la Cas. Nº 1396-2011-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de julio de 2013.

(36) En la Cas. Nº 1622-2000-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de mayo de 2002.

es que aquel fue despedido por incumplir con sus obligaciones, las cuales permitieron que se cometa el acto ilícito antes mencionado".

e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad

La Corte Suprema ha indicado(37) que: "la falta contenida en [el artículo 25, literal e) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral] comprende dos supuestos; el primero de ello consiste en que el trabajador asista a sus labores reiteradamente en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias estupefacientes; el segundo, no requiere reiterancia, pues la gravedad de la falta queda determinada por la naturaleza de la función o trabajo que desempeña el infractor; en este segundo supuesto, la falta grave deriva de la falta de responsabilidad inherente a la función o labor que el servidor cumple con la empresa".

Ahora bien, a efectos de acreditar el estado de ebriedad, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado(38) que "la prueba idónea para demostrar la ingesta de alcohol por parte de un trabajador es el dosaje etílico, examen al que está obligado a someterse todo (...) cuando lo requiera su empleador, bajo apercibimiento de considerar que el servidor se encuentra en estado de ebriedad". Asimismo, ha indicado que "la Constancia Policial (...) por sí sola no puede constituir prueba suficiente del estado de ebriedad del actor, más aún si ella contiene datos consignados por la autoridad policial en forma unilateral y sin posibilidad de contradictorio".

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado(39) que si bien es cierto la negativa a someterse al dosaje etílico debe reputarse como reconocimiento del estado de ebriedad, no es menos cierto que este reconocimiento *per se* no constituye una causa justificada de despido, pues para que ocurra lo contrario, además de acreditarse la reiterancia (salvo la excepción contemplada), debe haber una valoración razonable de los hechos, lo implica considerar elementos como la gravedad, la categoría, la antigüedad y los antecedentes del trabajador (así estén o no contempladas en un Reglamento Interno de Trabajo); asimismo, debe acreditarse que el trabajador ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o

(37) En la Cas. Nº 787-2002-Junín, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de marzo de 2004.

(38) En la STC Exp. Nº 4680-2003-IDA(S), del 9 de marzo de 2004.

(39) En la STC Exp. Nº 03169-2006-PA/TC.

de otros trabajadores, o ha ocasionado daño alguno al patrimonio o a los bienes del empleador(40).

Sobre el procedimiento de despido en este caso, el Tribunal Constitucional también ha mencionado(41) que "el hecho de que no se haya especificado la excepcional gravedad que implicaba que el actor vaya a trabajar en estado de ebriedad dada las funciones que realiza, en nada enerva que el despido se haya efectuado conforme a ley, pues la falta cometida por el actor no solo ha quedado debidamente acreditada en autos, sino que además el actor al operar una máquina tantos años debe conocer los riesgos que implica un manejo inadecuado de ella".

f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha mencionado(42) que "la buena fe laboral impone al trabajador que en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión no formule denuncias calumniosas e injuriosas, ni faltamiento de palabra verbal o escrita en contra del empleador y/o de los trabajadores, pues en estos supuestos estamos ante un ejercicio abusivo e irregular del derecho a la libertad de expresión que merece ser sancionado en el ámbito laboral y que la propia ley regula".

Asimismo, la Corte Suprema ha precisado(43) que "se incurre en la causal de falta grave laboral cuando se formula denuncia penal contra el personal jerárquico de su exempleadora sin los elementos de juicio suficiente para acreditar el ilícito penal imputado, en consecuencia (...) el despido del actor resulta justificado".

En cuanto a los actos de violencia y grave indisciplina, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha indicado(44) que "establecidos los hechos relativos a la toma del centro de trabajo en la que participó la actora, su conducta laboral indudablemente constituye incumplimiento injustificado de sus obligaciones de trabajo que reviste gravedad, así como el haber incurrido en

(40) En la STC Exp. Nº 03402-2010-PA/TC, el Supremo Intérprete de nuestra Constitución precisa que, de tratarse un hecho que revista gravedad, no es necesario verificar si existe reiterancia ni otros elementos como la categoría, la antigüedad y los antecedentes del trabajador. Similar criterio es plasmado en la sentencia recaída en el Exp. Nº 02121-2011-PA/TC.

(41) En la STC Exp. Nº 03844-2010-PA/TC.

(42) En la STC Exp. Nº 01428-2012-AA/TC. Similar criterio ha sido plasmado en la STC Exp. Nº 00342-2011-PA/TC.

(43) En la Cas. Nº 420-99-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2000.

(44) En la STC Exp. Nº 1189-93-CD, del 7 de octubre de 1993.

actos de violencia, grave indisciplina y la ocupación física del local de la empresa, sin que pueda atenuar esta responsabilidad motivaciones de orden reivindicativo y sindical que deben y pueden ser resueltos por las causas y mecanismos previstos en la ley, de manera que el despido de la actora está justificado legalmente".

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta

A efectos de la aplicación de esta causal de despido, debe haber una identificación clara, fehaciente e indubitable de los responsables de los daños, pues de lo contrario se vulnera el principio de presunción de inocencia y el derecho al debido procedimiento de los imputados. Este mismo criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional al señalar(45) que "debe considerarse que el hecho alegado por la emplazada para despedir a los afiliados del Sindicato –su supuesta participación en los daños, desmanes, destrozos y disturbios que se ocasionaron con motivos de las actividades sindicales (...)– no ha sido comprobado a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial. En efecto, en el Dictamen (...), emitido por la Fiscalía Superior Mixta Descentralizada de Pasco, (...) se indica que '(...) no obra en autos medio probatorio alguno que acredite la participación directa o indirecta de los inculpados (...)' en los daños y disturbios que se ocasionaron los días 7 y 8 de febrero de 2003".

Similar criterio es el recogido por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima que ha señalado(46) que "la prueba relevante ofrecida durante la secuela del proceso es el parte policial y la relación adjunta de los supuestos trabajadores participantes en el referido suceso (...), parte policial que si bien da cuenta de los sucesos en forma generalizada, no acredita fehacientemente la materialización de los actos de violencia con lo que no se ha materializado la toma del local ni menos daños materiales, máxime si no se individualiza a los trabajadores participantes".

h) El abandono de trabajo, las ausencias injustificadas y la impuntualidad reiterada

Conforme ha señalado(47) el Tribunal Constitucional, "el abandono de trabajo se entiende como la inasistencia injustificada por más de tres días consecutivos

(45) En la STC Exp. Nº 3311-2005-PA/TC.

(46) En la STC Exp. Nº 1586-94-R(S), del 7 de marzo de 1995.

(47) En la STC Exp. Nº 01177-2008-PA/TC.

a realizar labores, hecho que para configurar la falta grave (...) requiere que el trabajador por propia voluntad se determine a inasistir a su centro de labores. En tanto exista un motivo objetivo que fuerce la voluntad del trabajador de inasistir a su centro de labores dicha falta grave no se configura".

Esto es complementado por el Tribunal Constitucional cuando manifiesta[48] que "la falta grave de abandono de trabajo, (...) se configura cuando el trabajador, sin justificación alguna, deja de asistir a su centro de trabajo por más de 3 días consecutivos, o por más de 5 días no consecutivos en un periodo de 30 días calendarios o más de 15 días en un periodo de 180 días calendarios; lo que denota que el trabajador tiene una conducta tendiente a incumplir el contrato de trabajo por sí mismo".

Debe tenerse en consideración que el Tribunal Constitucional ha señalado[49] que, para que proceda el despido bajo la causal de abandono de trabajo, debe seguirse un procedimiento de previas sanciones y amonestaciones que finalmente conlleven a la sanción máxima. Así, ha referido que: "se evidencia que a la accionante se le han impuesto muchas sanciones de amonestación y suspensión de labores por reiterada tardanza en el ingreso a su centro de trabajo, pese a lo cual continuó llegando tarde, no respetando el horario de trabajo (...). Por lo tanto, no se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales invocados ni la falta de razonabilidad o proporcionalidad en la sanción impuesta razón por la cual debe desestimarse la demanda".

Respecto al abandono de trabajo y al ejercicio regular de un derecho como lo es la huelga, cabe precisar que la Corte Suprema ha manifestado[50] que, en la medida que la autoridad administrativa de trabajo haya declarado la legalidad de la huelga y en virtud de esta declaratoria los trabajadores de ausenten de su centro de trabajo, ello no podrá ser considerado como abandono de trabajo, ya que la no asistencia encuentra legitimidad y justificación en el ejercicio del derecho constitucional a la huelga.

(48) En la STC Exp. Nº 09423-2005-AA/TC.

(49) En la STC Exp. Nº 00414-2013-PA/TC.

(50) En la Cas. Nº 003-97-Lima, del 10 de abril de 2001, en donde literalmente manifiesta que: "[L]a resolución en que se funda la contradicción está referida únicamente a establecer que los días de ausencia al centro de trabajo podían ser consideradas faltas injustificadas en el supuesto que la autoridad de trabajo declarase ilegal la medida de huelga en virtud de la cual se produjeron las ausencias. (...), la sentencia de vista no contradice esta tesis, más bien la adecua al caso particular concluyendo que las ausencias del actor durante los días de huelga constituyeron el ejercicio regular de un derecho".

Ahora bien, a efectos de justificar las ausencias es importante tener en cuenta el criterio establecido por la Corte Suprema, la que ha indicado(51) que "para efectos de aprehender el correcto sentido de la norma bajo análisis [esto es, el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo], el concepto de comunicación debe entenderse dentro del plural 'comunicaciones' cuyo vocablo abarca los correos, telégrafos, teléfonos, radiofonía, y cualquier medio de relación entre los distantes (...), puesto que el legislador no ha previsto un medio específico y puntual para que el trabajador ponga en conocimiento del empleador su ausencia al centro de trabajo".

También es importante considerar que la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado(52) que "para que no se configure el abandono de trabajo, toda ausencia al centro de trabajo debe ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término de tercer día de producida, más el término de la distancia; (...), la demandante recién presentó los documentos con los que pretende justificar en motivos de salud sus ausencias, con la carta de presentación de descargos (...)" razón por la cual si se presentan los documentos justificatorios fuera de ese plazo, incluso con la carta de descargos posterior a la carta de preaviso, se entenderá que la falta no ha sido justificada.

i) El hostigamiento sexual

Sin perjuicio de la definición legal(53) contenida en la Ley Nº 27942, modificada por la Ley Nº 29430, la Corte Suprema ha señalado(54) que "el acoso sexual es toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo".

(51) En la Cas. Nº 945-2001-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de enero de 2001.

(52) En la STC Exp. Nº 4167-2003-B.E.(S), del 7 de enero de 2004.

(53) Que señala establece las siguientes definiciones:

- El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales.
- El hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

(54) En la Cas. Nº 3804-2010-Del Santa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de setiembre de 2013, la que constituye precedente judicial vinculante.

Asimismo, independientemente de lo establecido por la Ley Nº 27942, modificada por la Ley Nº 29430[55], la Corte Suprema ha manifestado que "para que se configure el hostigamiento sexual es necesario que se presenten los elementos siguientes: a) *Conducta relacionada con temas de carácter sexual*: estos comportamientos pueden ser apreciaciones relacionadas con el aspecto físico de la persona hostilizada, con referencia expresa al tema sexual o subliminalmente relacionado con el mismo; la formulación de bromas relacionadas con el sexo, enviar cartas comunicaciones, *mails* o cualquier otra forma de comunicación escrita u oral que tenga relación con el tema sexual, también serán actos de hostigamiento sexual llamadas innecesarias a que se presente ante el acosador la persona acosada o exposición ante esta de materiales de carácter sexual; finalmente también se considerará como actos de hostilidad sexual los roces, tocamientos, caricias, saludos no deseados por el hostilizado así como que el acosador ejerza algún tipo de autoridad sobre los trabajadores bajo su dependencia para hacerse invitar o participar en eventos, reuniones sociales, actividades deportivas u otras en la que sabe que participará o estará presente la víctima de la hostilidad sexual. b) *Conducta no bienvenida*: la víctima debe rechazar la conducta acosadora, pues, si la propicia o acepta no configura la misma. El rechazo a la conducta acosadora puede ser directo, cuando el acosado en forma verbal o escrita manifiesta su disconformidad con la actitud del acosador, pero el rechazo también puede ser de carácter indirecto cuando la víctima rechaza al acosador con respuestas evasivas, dilatorias u otra clase de actitudes de cualquier naturaleza que demuestran su disconformidad con las proposiciones del acosador. Y, c) *Afectación del empleo*: debe existir la posibilidad real que, el sujeto acosador afecte negativamente el empleo de la persona afectada, esta afectación puede consistir en la amenaza de pérdida del empleo o beneficios tangibles, o a través del ambiente hostil en el trabajo que, obliga al trabajador a laborar en condiciones humillantes".

(55) Que en su texto vigente establece que: "Para que se configure el hostigamiento sexual debe presentarse alguno de los elementos constitutivos siguientes: a) El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es la condición a través del cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole. b) El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que afectan a la víctima en cuanto a su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole de la víctima. c) La conducta del hostigador, sea explícita o implícita, que afecte el trabajo de una persona interfiriendo en el rendimiento en su trabajo creando un ambiente de intimidación, hostil u ofensivo".

III. CONCLUSIÓN

El aporte de la jurisprudencia a la regulación y al tratamiento de las causales de falta grave en el régimen laboral privado es muy significativo, al punto que no es posible comprender y aplicar las normas pertinentes con tan solo observar la Ley. Hay una evidente necesidad de la Ley de valerse de la jurisprudencia para poder ser coherente y condecirse con la realidad, y ello se hace patente precisamente cuando revisamos lo referente a las causales de falta grave en el régimen laboral privado. En concreto, la jurisprudencia ha reconstruido este extremo del Derecho del Trabajo. La jurisprudencia se convierte, entonces, en un aliado y en un compañero inseparable en el devenir de los procedimientos de despido.

¿ESTABILIDAD LABORAL DEL PERSONAL SUJETO AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS? A PROPÓSITO DEL II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

EDUARDO BARTRA CHOCLOTT[1]

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el Tribunal Constitucional emitió la, desde mi punto de vista, cuestionable sentencia recaída en el Exp. Nº 00002-2010-TC/PI de fecha 7 de setiembre de 2010 reconociendo al régimen de contratación administrativa como uno de naturaleza laboral "especial", muchas veces surgió la interrogante de saber hasta dónde era realmente laboral. Esta duda surgió más aún porque el supremo intérprete concluyó que el Recas no era un régimen complementario de aquellos regulados por los Decretos Legislativos Nº 276 y Nº 728 empleados en la Administración Pública, sino que se trataba de un régimen que responde a reglas propias y autónomas, pese a que se le reconocían derechos previstos en los decretos legislativos antes indicados como jornada máxima de trabajo, descanso semanal obligatorio, remuneración, acceso a un sistema de seguridad social en salud y pensiones, huelga, sindicación, entre otros.

En tal contexto, el propio Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República emitieron distintas sentencias a través de las cuales pretendieron

(1) Abogado de la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente cursando el último ciclo de Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad de San Martín de Porres. Con estudios de posgrado en gestión pública. Actualmente personal de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

esclarecer un poco más la real dimensión de la naturaleza laboral que le fuera reconocida al Recas; sin embargo, el Tribunal Constitucional normalmente emitía sentencias que resaltaban la naturaleza autónoma del régimen mientras que la Corte Suprema planteaba interpretaciones de mayor corte laboral a favor de demandantes que tenían la condición de CAS.

Siendo así, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 4 de julio de 2014, se acordó que si el trabajador inicia sus servicios suscribiendo un contrato CAS pero continúa prestándolos sin suscribir un nuevo contrato, no existe invalidez de los contratos administrativos de servicios; sin embargo, esta circunstancia no origina la prórroga automática del contrato CAS suscrito y **se entiende que la relación laboral posterior fue o es, según será el caso, una de naturaleza indeterminada**. Por lo tanto, surge la interrogante ¿el personal sujeto a un contrato administrativo de servicios tendrá la estabilidad que, de acuerdo lo tantas veces expuesto por el Tribunal Constitucional, resulta contraria a su propia naturaleza?

II. BASE LEGAL

- Decreto Legislativo Nº 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.
- Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.
- Decreto Supremo Nº 065-2011-PCM, que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

III. ANÁLISIS

1. Enfoque inicial del régimen CAS y sus consecuencias

1.1. Marco normativo inicialmente planteado

Mediante la Ley Nº 29157, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo

la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo Comercial Perú - Estados Unidos (TLC) y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. En su artículo 1 la precitada norma establece que la finalidad de dicha delegación es "facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento"; sustentándose para ello en los artículos 101.4 y 104 de la Constitución, así como en los artículos 76.1.d y 90 del Reglamento del Congreso de la República.

En atención al TLC suscrito entre Perú y USA y en vista de la desmesurada contratación de personal bajo la modalidad de SNP en la Administración Pública, el Estado emitió el 27 de junio del año 2008, el Decreto Legislativo Nº 1057 denominado "Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios", así como su reglamento publicado el 25 de noviembre de 2008, mediante el Decreto Supremo Nº 075-2008- PCM Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios".

Dicho régimen inicialmente reconoció los siguientes derechos:

- Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas semanales de prestación de servicios.
- Un descanso de 24 horas continuas por semana.
- Un descanso físico de quince (15) días calendarios continuos por año cumplido, el cual es remunerado y de acuerdo al inciso 8.1 del artículo 8 del Reglamento, por este descanso físico de 15 días el trabajador recibe el pago del íntegro de la contraprestación.
- Afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud.
- La afiliación a un régimen de pensiones.

1.2. Sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. Nº 00002-2010-TC/PI de fecha 7 de setiembre de 2010

Como consecuencia de las disposiciones contradictorias contenidas en la normativa que regula el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, más de cinco mil ciudadanos interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nº 1057 y su Reglamento, la que fue resuelta por el Tribunal Constitucional a través de la STC Exp.

Nº 00002-2010-TC/PI de fecha 7 de setiembre de 2010[2], declarándola infundada por las siguientes razones:

- El proceso de modernización del Estado debe abarcar aspectos y deficiencias estructurales advertidas en su funcionamiento, de modo que, resolviendo los problemas identificados, mejore la gestión del Estado.

- 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.

- No resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo Nº 1057 como una norma de Derecho Laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes.

- El régimen regulado por el Decreto Legislativo Nº 1057 no es complementario de los regímenes previstos en los Decretos Legislativos Nº 276 y Nº 728 dado que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente.

- Respecto al análisis bajo los presupuestos del principio-derecho de igualdad, el Tribunal Constitucional considera que ello no es posible, al indicar que "(…) no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza (…) lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad".

(2) La sentencia resolvió el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos en contra del Decreto Legislativo Nº 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, impugnando los artículos 1, 2, 3, 5, 6.1, 6.2 del Decreto Legislativo Nº 1057 y su Reglamento, por vulnerar los siguientes artículos de la Constitución Política: 2.2 Derecho a la igualdad ante la Ley, 104 Delegación de facultades, 23 Tercer y cuarto párrafo: El Estado y el Trabajo, 24 Derechos laborales del trabajador, 25 Jornada ordinaria de trabajo, 26.1 Principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, 27 Protección del trabajador frente al despido arbitrario, 42 Derecho de sindicalización de los trabajadores públicos, y 103 Cuarto párrafo: Prohibición de abuso de derecho.

- El sistema de contratación laboral del Decreto Legislativo Nº 1057, es sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de Servicios No Personales, siempre que se advierta la desnaturalización de dicho contrato; lo que indica, no significa que el Estado no pueda recurrir a los contratos de locación de servicios, cuando por la naturaleza de la actividad a desarrollar ello se justifique.

- Respecto al derecho vacacional, el Tribunal señala la discrepancia de la parte demandante es que solo se conceden quince (15) días, mientras que en el caso de los trabajadores de otros regímenes laborales se les reconoce 30 días de descanso vacacional. Sobre el particular precisa que "la Constitución no establece un periodo de tiempo, sino la necesidad de que dicho descanso se dé con la periodicidad señalada".

- Respecto a los derechos de sindicalización y huelga, señala que al respecto sí hubo omisión constitucional, por lo que debe ser subsanada por la autoridad administrativa, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución.

2. Laboralización del régimen CAS

2.1. Modificaciones introducidas a raíz de la sentencia emitida por el TC

Como consecuencia de la "sentencia interpretativa" emitida por el Tribunal Constitucional, y al otorgársele un reconocimiento de "régimen laboral especial", el 27 de julio de 2011 se publicó el Decreto Supremo Nº 065-2011-PCM, a través del cual se modificaron diversos artículos del Reglamento del Recas. Dichos cambios principalmente fueron los siguientes:

- Se reconoció expresamente en el texto normativo (Reglamento) la naturaleza laboral del CAS y con ello la correspondiente remuneración de beneficios laborales que se sumaban a los tímidamente señalados a través de la norma original.

- Percibir mensualmente no menos de una remuneración mínima legal.

- Una jornada laboral no mayor de 8 horas diarias o 48 semanales; con un descanso semanal obligatorio de 24 horas consecutivas como mínimo.

- Un tiempo de refrigerio a no ser considerado como parte de la jornada de trabajo.
- Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad (conforme a lo establecido en las leyes anuales de presupuesto).
- Vacaciones remuneradas de 30 días naturales.
- Licencias con goce de remuneraciones al igual que los demás regímenes laborales.
- Gozar de los derechos de la Ley Nº 29783 - Ley de seguridad y salud en el trabajo.
- Derecho a recibir un certificado de Trabajo al término del contrato.
- Derecho a la sindicalización y huelga.
- Permiso por lactancia materna y licencia por paternidad.
- Afiliación a un régimen previsional y al régimen contributivo de EsSalud.

Como se puede apreciar, en virtud de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, el Estado peruano dispuso incorporar una serie de derechos que forman parte del contenido de una relación de trabajo, ya sea dentro del régimen laboral público como privado. Siendo así, quedaba claro que el Recas constituye un régimen laboral que implica una relación de dicha naturaleza que vincula al personal CAS con el Estado en su condición de ente empleador.

2.2. Ratificación del carácter "laboral especial" del régimen CAS

Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió sentencias en las que resaltaba la particularidad del régimen CAS y por la que no se podían aplicar instituciones propias de los regímenes 276 y 728, por lo tanto, considero que tuvo la intención de defender su posición respecto al carácter "laboral especial" del mencionado régimen. Tal es el caso de la STC Exp. Nº 03818-2009-PA/TC de fecha 12 de octubre de 2010[3] en la que el supremo intérprete manifestó que a un personal sujeto al Régimen CAS le ampara un sistema de protección reparador de naturaleza resarcitoria, motivo por el cual se prevé el pago de una indemnización por resolución injustificada del contrato; sin embargo, no se le reconoce un

(3) Mediante la cual se resolvió la demanda de amparo interpuesta por Roy Marden Leal Maytahuari contra el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) de San Martín.

sistema reparador restitutorio, dado que sería contradictorio con el carácter temporal del régimen que a un personal CAS se le reponga como personal permanente de la entidad.

Cabe indicar que dicha posición fue posteriormente ratificada en la STC Exp. Nº 03082-2010-PA/TC de fecha 10 de noviembre de 2010, que resolvió la demanda de amparo interpuesta por doña Mariana Amelia Chapoñán Romero contra la Municipalidad Provincial de Santa, en la que solicita su reposición al cargo de obrera del área de parques y jardines de la Municipalidad. Un aspecto resaltante de dicha sentencia fue lo señalado en el fundamento 4: "Consecuentemente, en el proceso de amparo no corresponde analizar si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios, los contratos civiles que suscribió la demandante fueron desnaturalizados, **pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un periodo independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, lo que es constitucional**".

Posteriormente, el Tribunal Constitucional resaltó el carácter laboral especial del CAS en la STC Exp. Nº 2690-2011-PA/TC de fecha 5 de setiembre de 2011[(4)], a través de la cual dejó en claro la naturaleza temporal del contrato administrativo de servicios en los siguientes términos:

> "(...) cabe señalar que con los contratos administrativos de servicios y adendas obrantes de fojas 60 a 80, queda demostrado que el demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo de duración de la última adenda. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal h) del numeral 13.1 del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM".

Finalmente, en la STC Exp. Nº 03377-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el supuesto en el que un trabajador CAS continúe prestando servicios sin un contrato suscrito:

> "6. Destacada la precisión que antecede, este Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios **se prorroga en forma automática** si el trabajador continúa laborando después de la fecha

(4) Mediante la cual se resolvió la demanda de amparo interpuesta por Carlos Ricardo Neira Sebastiani contra la Municipalidad Provincial de Trujillo, en la que solicitó que se declare la nulidad del despido arbitrario y, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo de Apoyo Técnico en la Gerencia de Desarrollo Social. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda.

> de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. **Este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada**, debido a que el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM prescribe que la duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación".

Por tal motivo, conforme a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, queda claro dos aspectos: **i)** no cabía la posibilidad de que el contrato administrativo de servicios fuese de duración indefinida, dado que ello sería contrario a su propia naturaleza de temporal y contrario a lo expresamente señalado por el artículo 5 del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM; y, **ii)** en caso un trabajador CAS prestara servicios después de vencido su contrato, se consideraba su renovación automática por el plazo previsto en su último contrato. Sin embargo, esta posición que por años rigió en el tema referido al contrato CAS daría una vuelta de 180 como consecuencia del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, tal como se analizará posteriormente.

2.3. Corte Suprema vs. Tribunal Constitucional

Un primer cambio en el análisis de las controversias planteadas por un personal sujeto al Recas lo definió la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Casación Laboral Nº 3409-11-Lambayeque[5], en cuyo sexto considerando señaló lo siguiente:

> "**SEXTO.-** Dentro de este contexto, este Supremo Tribunal constata una motivación insuficiente en ambas instancias de mérito; en principio porque a pesar de que uno de los puntos centrales –por no decir el principal– del escrito de demanda es la 'desnaturalización de la contratación civil' a la que estuvo sujeta la demandante, antes y después del periodo en que se le contrató bajo la modalidad del contrato administrativo de servicios, se omite todo abordamiento respecto de dicho extremo; en segundo término, porque **la referencia hecha en las sentencias a los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, específicamente los recaídos en los Exps. Nºs 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PS/TC, no revela en**

(5) Recurso de casación interpuesto por Iliana del Milagro Balladares Bustamante contra la sentencia de vista de fecha 1 de agosto de 2011, que revocó la sentencia apelada de fecha 25 de abril de 2011, que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró improcedente.

> **modo alguno a los jueces pronunciarse en cada caso concreto sobre la procedencia de la desnaturalización de un contrato de locación de servicios que precede a un contrato administrativo de servicios, pues estos contienen su propias peculiaridades que no siempre son acogidas y abordadas en las sentencias constitucionales a las que se ha hecho mención**; máxime si de la fundamentación jurídica esgrimida en la demanda se alega la vulneración constitucional de los artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Estado; y, en tercer lugar, porque esta exigencia en la motivación de las sentencias de mérito, en casos como el presente, no resulta inoficiosa en tanto se discuten dos valores constitucionales, cual es, el derecho al trabajo (en su manifestación de estabilidad laboral y vocación de continuidad de la relación laboral) y, por el otro, la observancia a las normas públicas - seguridad jurídica (que tienen por finalidad el reordenamiento del aparato estatal en el área de recursos humanos)".

Posteriormente, en la Casación Laboral Nº 1642-2012-La Libertad[6] de fecha 30 de julio de 2012, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema reconoció la invalidez de un contrato administrativo de servicios cuando anteriormente ya existía una relación laboral, ya sea por desnaturalización de contratos por servicios no personales o locación de servicios, o cuando medien contratos modales (plazo fijo); **con lo que desbarataba cualquier posibilidad que con la suscripción del CAS por parte del trabajador se ha producido el consentimiento del trabajador y la novación en la relación habida entre las partes, tal como había concluido el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones**[7]. La Corte Suprema señaló:

> "**DÉCIMO TERCERO.-** En el presente caso, la demandante –como se anotó inicialmente– ha suscrito contratos por servicios no personales desde setiembre de mil novecientos noventa y ocho al treinta de junio de dos mil ocho, realizando funciones de registradora;

(6) Recurso de casación interpuesto por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec contra la sentencia de vista de fecha 7 de marzo de 2012, que confirmando la sentencia apelada de fecha 16 de setiembre de 2012 declara fundada en parte la demanda de pago de beneficios sociales y otro, revocándola en el extremo que declara fundada la excepción de incompetencia por el periodo julio de 2008 a la fecha de interposición de la demanda, reformándola declararon infundado.

(7) Cabe indicar que el Tribunal Constitucional, en distintas sentencias, había señalado que tanto el primer periodo (la prestación de servicios bajo contratos de locación o contrato de trabajo sujeto a modalidad) como el segundo (prestación de servicios bajo el CAS) son independientes, por lo que con la suscripción del CAS por parte del trabajador se ha producido el consentimiento del trabajador y la novación en la relación habida entre las partes.

labores que en el marco de las competencias asignadas al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec son indudablemente permanentes y que, conforme se concluyó en las instancias de mérito, no pueden ser sino concebidas en el marco de una relación de subordinación y dependencia (considerando duodécimo de la sentencia de vista); en ese sentido, la utilización de una contratación civil (servicios no personales) por espacio de cerca de diez años y en circunstancias típicas de un contrato de trabajo –como se anotó– desnaturaliza la esencia misma de las labores para las que fue contratada la demandante, convirtiendo así el vínculo que unió a las partes en uno de naturaleza laboral, tal y como se ha concluido en la recurrida.

DÉCIMO CUARTO.- En este marco fáctico y jurídico reseñado precedentemente, **la utilización de una contratación administrativa de servicios no resultaba aplicable**, en principio porque la demandante ya venía gozando –en la práctica y en aplicación del principio de primacía de la realidad– de un estatuto laboral protector bajo los alcances del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo Nº 728); y, en este devenir su contratación no podía ser renovada por otra, que si bien ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como 'laboral', no predica respecto del personal dependiente del Estado, los mismos derechos que aquellos adscritos al régimen privado. Así las cosas, el recurso planteado por la demandada deviene en infundado, máxime si se ha demostrado fehacientemente conforme la motivación esgrimida por la sentencia de vista objeto del presente recurso y que es compartida por este Supremo Tribunal, que la demandante antes de la suscripción de los contratos administrativos de servicios - CAS ostentaba respecto de su empleadora un contrato de trabajo a plazo indeterminado y como tal había incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos todos los otorgados por el régimen laboral privado, entre los que destacan la vocación de continuidad (permanencia) del vínculo; razón por la cual –además– no podía modificar este status laboral, en aplicación del Principio de Irrenunciabilidad de Derechos y Principio Protector; criterio que además ya ha sido expuesto por este Supremo Tribunal en la Cas. Nº 07-2012-La Libertad, de fecha once de mayo de dos mil doce".

En tal contexto, la Corte Suprema reconoce la invalidez de un contrato administrativo de servicios que se haya suscrito con posterioridad, cuando ya existía

una relación laboral. Por lo tanto, conforme a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional expuestas en el numeral 3.2.2 del presente documento, las reglas parecían estar claras:

a) En caso un trabajador CAS prestara servicios después de vencido su contrato, se consideraba su renovación automática por el plazo previsto en su último contrato.

b) Era inválido un contrato CAS suscrito cuando anteriormente dicho personal ya se encontraba dentro de una relación laboral indeterminada, sea por la desnaturalización de un contrato de locación de servicios o de un contrato modal o porque realmente se encontraba vinculado formalmente mediante un contrato de trabajo indeterminado.

3. ¿Estabilidad laboral del trabajador sujeto al régimen CAS?

En principio, es conveniente reproducir la definición de "Plenos Jurisdiccionales", los cuales son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional y que promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial[8]. En ese sentido, queda claro que el Pleno Jurisdiccional tiene las siguientes características: i) es una reunión de magistrados; ii) tiene como finalidad el intercambio de puntos de vista sobre materias en los que no existe una posición uniforme; y, iii) permite perfeccionar el ejercicio de la función jurisdiccional en la solución de controversias jurídicas.

Estando a lo antes indicado, con fecha 4 de julio de 2014, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, en cuyo numeral 2.1.4 se acordó lo siguiente:

> "Si el trabajador inicia sus servicios suscribiendo un contrato CAS pero continúa prestándolos sin suscribir un nuevo contrato, no existe invalidez de los contratos administrativos de servicios; sin embargo,

(8) Definición obtenida de la página web del Poder Judicial: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/>.

esta circunstancia no origina la prórroga automática del contrato CAS suscrito y **se entiende que la relación laboral posterior fue o es, según será el caso, una de naturaleza indeterminada**".

Analicemos lo acordado por la Corte Suprema:

1. Por un lado, indica que si el personal CAS "puro"[9] sigue prestando servicios habiendo vencido su contrato, se entiende que la relación laboral es de "naturaleza indeterminada". En ese sentido, considero que no queda claro a qué se refiere la Corte Suprema cuando utiliza el término "naturaleza indeterminada".

   Veamos, desde un punto de vista particular me parece que resulta imposible que esta naturaleza deba ser entendida bajo el contexto de una relación laboral sujeta al régimen del Decreto Legislativo Nº 728, dado que es en este en el que se prevén aquellos contratos que formalmente se les conoce como a plazo indeterminado. Lo señalado se sustenta en lo expuesto por el Tribunal Constitucional inicialmente en la STC Exp. Nº 00002-2010-PI/TC y en posterior jurisprudencia, en la que se deja en claro que el CAS tiene una naturaleza propia y no es complementario del régimen regulado por el Decreto Legislativo Nº 728.

   Tampoco me parece posible que esta "naturaleza indeterminada" pueda ser una suerte de desnaturalización del contrato CAS, dado que al tener reglas propias, ser un régimen laboral especial y no complementario de los regímenes regulados por los Decretos Legislativos Nº 276 y Nº 728, resulta materialmente imposible su desnaturalización. Tan es así, que la propia Corte Suprema en la Casación Laboral Nº 3409-11-Lambayeque y en la Casación Laboral Nº 1642-2012-La Libertad prevé como supuesto de **invalidez** del citado contrato le hecho de que anteriormente ya existiera una relación laboral indeterminada.

   Ahora, ¿debemos entender que esa naturaleza indeterminada está referida a que el contrato administrativo de servicios de este personal que sigue laborando sin contrato será indeterminado? Ello me parece materialmente imposible, dado que el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM prescribe que la duración del contrato

(9) Considero esta calificación para el trabajador que siempre ha prestado servicios como CAS en la entidad.

no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación.

Por lo tanto, queda claro que en lo que respecta a este punto, no hay un panorama claro de cómo se ejecutaría este acuerdo. A ello surgen nuevas interrogantes: ¿Cómo podría probar la configuración del presente supuesto aquel trabajador CAS que siguió prestando servicios sin contrato? De igual modo, ¿Cuál es el plazo que el personal deberá prestar servicios sin contrato para que se configura la presente causal? ¿Un día, un mes?

2. Otro aspecto que hay que tomar en cuenta es que el presente acuerdo constituye, por un lado, una clara inobservancia a lo concluido en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la prórroga de contratos CAS, y por otro lado, un nuevo supuesto de invalidez del citado contrato además de los ya expuestos en la Casación Laboral Nº 3409-11-Lambayeque y en la Casación Laboral Nº 1642-2012-La Libertad. Sin embargo, ¿es posible que un Pleno Jurisdiccional pueda dejar sin efecto una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional? Consideramos que ello no es posible, dada la naturaleza de ambas(10).

3. Finalmente, es conveniente mencionar que la Ley Nº 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, en cuyo artículo 8 se prohíbe expresamente el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo determinados supuestos literalmente definidos. En ese sentido, aplicar el presente acuerdo constituiría una medida ilegal, dado que no se encuentra dentro de los supuestos de excepción previsto por la Ley de Presupuesto.

   De igual modo, resulta pertinente mencionar que el literal d) del referido artículo establece que el ingreso de personal a la Administración Pública se efectúa necesariamente por concurso público, por lo que la aplicación del pleno sería atentatorio contra disposiciones legales

(10) Como se señaló anteriormente, un Pleno Jurisdiccional básicamente es una reunión de magistrados que tiene como finalidad el intercambio de puntos de vista sobre materias en los que no existe una posición uniforme y que permite perfeccionar el ejercicio de la función jurisdiccional en la solución de controversias jurídicas. Sin embargo, una sentencia del Tribunal Constitucional, en líneas generales, constituye un pronunciamiento sobre un caso concreto en el que se alega la vulneración del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

que no solo tienen una implicancia económica, sino también referida al sistema de recursos humanos.

Por todo lo expuesto, considero que no resulta posible la ejecución del acuerdo previsto en el numeral 2.1.4 del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 4 de julio de 2014.

IV. CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo previsto expuesto por el Tribunal Constitucional, el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios constituye un régimen laboral especial y no complementario con los regímenes regulados por los Decretos Legislativos Nº 276 y Nº 728, que se aplican en el Estado. Dicha naturaleza especial responde a las reglas que únicamente pueden ser aplicadas a este régimen.

2. Conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, no cabía la posibilidad de que el contrato administrativo de servicios fuese de duración indefinida, dado que ello sería contrario a su propia naturaleza de temporal y contrario a lo expresamente señalado por el artículo 5 del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM. De igual modo, en caso un trabajador CAS prestara servicios después de vencido su contrato, se consideraba su renovación automática por el plazo previsto en su último contrato.

3. De acuerdo a lo expuesto por la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral Nº 3409-11-Lambayeque y en la Casación Laboral Nº 1642-2012-La Libertad, en caso un trabajador CAS prestara servicios después de vencido su contrato, se consideraba su renovación automática por el plazo previsto en su último contrato. Asimismo, era inválido un contrato CAS suscrito cuando anteriormente dicho personal ya se encontraba dentro de una relación laboral indeterminada, sea por la desnaturalización de un contrato de locación de servicios o de un contrato modal o porque realmente se encontraba vinculado formalmente mediante un contrato de trabajo indeterminado.

4. No resulta posible la ejecución del acuerdo previsto en el numeral 2.1.4 del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, publicado en el

diario oficial *El Peruano* con fecha 4 de julio de 2014, por las siguientes razones:

a) La Corte Suprema no ha precisado a qué se refiere cuando utiliza el término "naturaleza indeterminada"; siendo que resulta imposible que esta naturaleza deba ser entendida bajo el contexto de una relación laboral sujeta al régimen del Decreto Legislativo Nº 728 dado que no son complementarios.

b) Dicha naturaleza indeterminada tampoco puede ser considerada como una suerte de desnaturalización del contrato CAS, dado que contiene sus propias reglas y disposiciones exclusivas.

c) No se puede considerar que esa naturaleza indeterminada está referida a que el contrato administrativo de servicios será indeterminado, puesto que el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM prescribe que la duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación.

d) No se ha dejado en claro el modo a través del cual aquel trabajador CAS que siguió prestando servicios sin contrato podrá probar la configuración del presente supuesto. Tampoco, cuál es el plazo que el personal deberá prestar servicios sin contrato para que se configura la presente causal.

e) La aplicación de este acuerdo sería contrario a lo dispuesto por la Ley de Presupuesto para el Sector Público, en lo que concierne a las medidas en materia de ingreso de personal a la Administración Pública.

Por lo tanto, a efectos de absolver la consulta que nos planteamos en la introducción del presente artículo, considero que el acuerdo adoptado por la Corte Suprema de la República no puede ser entendido en el sentido que el personal sujeto a un contrato administrativo de servicios tendrá la estabilidad laboral, como ocurre con los regímenes regulados por los Decretos Legislativos Nº 276 y Nº 728, aplicados en el Estado.

LA INEXISTENCIA DE ESTABILIDAD LABORAL EN EL RÉGIMEN DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL TRABAJO DECENTE EN EL PERÚ

CECILIA CALDERÓN PAREDES[1]

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la globalización económica y su natural incidencia en las relaciones laborales, el mundo del Derecho Laboral ha entendido que las relaciones asalariadas y su regulación deben asimilarse a la evolución económica y social. Así, desde fines de la década de los noventa y a partir del contenido de las Memorias del Director General de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT– fue acuñándose de forma paulatina el concepto de *Trabajo decente,* el que implica la revalorización del trabajador como sujeto que sobrepasa la esfera de las relaciones laborales y se sitúa como agente social.

En efecto, desde la óptica del trabajo decente, el Derecho del Trabajo deberá proyectarse como una regulación global que trasciende a la relación empleador-trabajador: se pretende que el asalariado sea observado como un ser humano que, inserto en el mercado laboral, forma parte de una sociedad en la que participa desde su función en la cadena productiva. Los derechos laborales se entienden, pues, como medios que permiten al ser humano trascender y desarrollarse.

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada al Área Laboral y de la Seguridad Social del Estudio Echecopar, asociado a Baker & Mckenzie Internacional.

Mediante el presente ensayo daremos una mirada al mundo del Derecho bajo el enfoque filosófico de la teoría propuesta por Amartya Sen, la que abordaremos de manera superficial. Así, proponemos analizar el régimen de contratación a tiempo parcial y su relación con el concepto de Trabajo decente empleando el *enfoque de las capacidades* como metodología para evaluar por qué se debe reformular la regulación nacional para que los trabajadores contratados bajo la modalidad de tiempo parcial tengan garantizado, cuanto menos, el derecho a la estabilidad laboral, el que entendemos como un derecho mínimo o de subsistencia.

II. TRABAJO DECENTE: SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y CONTENIDO

1. Surgimiento y evolución del concepto de Trabajo decente[2]

Aunque objetivamente el concepto de Trabajo decente surge en el año 1999 durante la 87º Conferencia Internacional del Trabajo, podemos identificar antecedentes del mismo en la actividad normativa de la OIT. A partir de la publicación de la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, conocida como la Declaración de 1998, la OIT se planteó como objetivo que el desarrollo económico fuera acompañado de desarrollo social, el que, en principio, debía expresarse a través del respeto a los convenios fundamentales. Se genera así una revalorización del enfoque humano en las relaciones sociales y económicas, pues, de manera paralela al sobreentendido beneficio financiero que se pretende con la instauración de relaciones laborales –interrelaciones de sujeción y/o puesta a disposición a cambio de una retribución–, los Estados deben garantizar que la generación de riquezas redunde en el desarrollo de toda la sociedad.

Así, en el año 1999 y solo algunas semanas después de haber identificado los objetivos estratégicos de la OIT, Juan Somavia, su entonces Director General, crea en la 87 Conferencia Internacional del Trabajo el concepto de *Trabajo decente* señalando en su Memoria que este es aquel trabajo productivo, con protección de derechos, con ingresos adecuados, con protección social y con presencia del tripartismo y del diálogo social[3].

Hacia el mes de junio del año 2008, se emite la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, en cuyo prefacio se señala que esta

(2) Para mayor referencia, véase CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. *El Trabajo Decente en el Perú: Aproximación teórica, desarrollo legislativo y agenda pendiente*. Tesis para optar por el Título de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

(3) ESPINOZA, Malva. *Trabajo Decente y protección social. Eje para la acción sindical*. Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2003, p. 4.

"(...) institucionaliza el concepto de Trabajo decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos institucionales (...)"[4].

En el mismo sentido, el mismo cuerpo normativo señala que: La Declaración expresa la universalidad de la Agenda de Trabajo Decente: todos los miembros de la Organización deben propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo[5].

Del mismo modo, durante la 99ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2010, la Memoria del Director General se refirió a la "Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente", documento que permite observar que, para la OIT, el Trabajo decente es el medio principal para enfrentar y superar los tiempos de crisis. Ciertamente, tal y como indica Carlos Cornejo, se considera que la única manera de revertir y controlar los efectos negativos de la crisis económica es el diseño y ejecución de políticas públicas laborales destinadas a la creación de trabajo productivo y con derechos[6].

2. Contenido o definición del concepto de Trabajo decente

De conformidad con lo señalado en el documento "Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: Una perspectiva de la OIT"[7], el que fue presentado a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC (noviembre - diciembre de 1999), se entiende por *Trabajo decente* "(...) al trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (...)".

Por su parte, el Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional - Cinterfor indica en su publicación "*Formación para el trabajo decente*"[8] que, en su origen, el Trabajo decente era un concepto "(…) cuyo contenido no estaba definido y (...) que ese concepto aun imprecisamente definido posee, sin dudas, un indisimulable contenido ético o significación ética:

(4) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*. *Prefacio*. Ginebra, 2008, p. 1.

(5) Ibídem, p. 2.

(6) Ibídem, p. 22.

(7) SOMAVIA, Juan. *Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: Una perspectiva de la OIT*. Documento presentado a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC, noviembre - diciembre de 1999. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/dgo/speeches/somavia/1999/seattle.htm>.

(8) Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional - Cinterfor. Formación para el trabajo decente. Cinterfor, 1ª ed., Montevideo, 2001. p. 13. En: <http://www.oei.es/etp/formacion_trabajo_decente.pdf>.

promover un trabajo decente supone la adopción clara de una posición valorativa íntimamente relacionada con la dignidad de la persona humana (...)".

Como puede apreciarse, el concepto de Trabajo decente representa la revalorización del ser humano como tal en la sociedad: se dice que el Trabajo decente es aquel trabajo que permite que quien lo desarrolla vea garantizada su dignidad humana. Luego, si recordamos que la OIT pretende como fin institucional que sus miembros desarrollen políticas (públicas) basadas en los objetivos estratégicos de la Organización, la señalada revalorización del ser humano implicará que cada Estado miembro de la OIT promueva que en su territorio se respeten los cánones del Trabajo Decente como medio para asegurar que sus habitantes vean salvaguardada su dignidad humana y, en ejercicio de sus derechos, puedan desarrollar su plan de vida.

III. EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES DE AMARTYA SEN Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

Toda sociedad basa su organización en la idea de ceder libertades en pos de un fin mayor: los ciudadanos permiten que el Estado gobierne, restringiéndolas, a cambio del bienestar que este debe procurarles. Conforme a ello, desde una perspectiva filosófica, el Trabajo decente se entiende como un objetivo político.

Así, únicamente la acción política del Estado que pueda ser calificada como *legítima* justificará el uso de la coerción para lograr fines mediatos(9). Partimos, pues, de entender que en una sociedad democrática la legitimidad de los gobiernos se verifica mediante la elección popular, pero ¿cómo verificar si la acción política del gobierno permanece en la misma línea de legitimidad? Si el propósito del Estado es que cada gobernado esté en la posibilidad de alcanzar su proyecto de vida, entendido en términos filosóficos como *alcanzar el propio concepto de bien*, entonces cada Estado debe procurar mediante su accionar –entre otros, en el uso de su facultad legislativa–, que la distribución de los bienes primarios sea adecuada y suficiente para que los gobernados puedan tener el acceso a ellos, lo que les permitirá alcanzar su concepto de *vida buena*.

(9) KORSGAARD, Christine M. "Comentario a '¿Igualdad y qué?' y a 'Capacidad y bienestar'". En: *La calidad de vida*. Martha C. Nussbaum y Amartya Sen (compiladores), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996, p. 85.

Ciertamente, evaluando al ser humano como un sujeto en sociedad, el desarrollo de aquel dependerá, en gran medida, de una elección social, es decir, de cómo la sociedad regula sus relaciones. En lo referido al objeto del presente ensayo, siendo el empleo uno de los principales medios de subsistencia, nuestra premisa consiste en que las personas eligen planes de gobierno que les ofrecen estabilidad, es decir, aquellos que directa o indirectamente les impliquen alcanzar y/o mantener *calidad de empleo* pues con ello estarán cada vez más cerca de garantizarse alcanzar calidad de vida. Luego, la acción política del gobierno, al menos en lo referido a la política laboral, seguirá siendo legítima si aquel se ha mantenido alineado a lo ofrecido y ha procurado, con ello, dotar de mejoras sustanciales a la población laboral.

Lo señalado previamente encuentra sentido en el denominado *enfoque de las capacidades* de Amartya Sen. De acuerdo a este autor, el desarrollo, como objetivo social, debe ser entendido como "(...) el proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos (...)"[10], lo que tiene como contrapartida la necesidad de eliminar las fuentes que impliquen privación de dicho proceso, esto es, entre otros, la pobreza y la escasez de oportunidades, las que, evidentemente, se pueden eliminar de manera efectiva con una adecuada política de empleo.

Así, el trabajo asalariado entendido como instrumento para la obtención de un fin mayor, el que dependerá de cada individuo y sus preferencias, se sitúa como uno de los grandes medios para el logro del *desarrollo*. Efectivamente, el desempeño de actividades remuneradas dotará al ser humano de los medios económicos necesarios para satisfacer fines mayores. Conforme a ello, desde la perspectiva de Sen, la riqueza (o la acumulación de dinero) no es el bien buscado sino un medio para la obtención de algún otro fin. El dinero es, en sus palabras, el "(...) medio [que permite] tener más libertad con la que poder llevar el tipo de vida que cada uno valora (...)"[11].

Por todo lo antes señalado, resulta fácil compatibilizar la teoría de Amartya Sen con el concepto de Trabajo decente, en tanto que ambas ubican al ser humano en el centro de tutela del Derecho y pretenden el máximo desarrollo de sus capacidades en pos de salvaguardar la libertad como un derecho intrínseco a su naturaleza. Se aprecia, pues, que ambas pretenden la reivindicación del derecho a la dignidad humana como fin último.

(10) SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 19.

(11) Ibídem, p. 30.

Efectivamente, aunque desde diferentes perspectivas –Sen desde la noción filosófica que da legitimidad a la acción social y/o política de cada sociedad y el concepto de *Trabajo decente* como manifestación de una corriente jurídico-social que pretende un cambio legislativo y cultural–, ambas nociones pretenden la revalorización del ser humano como ser social e, indirectamente, implican reformular el concepto de trabajador, el que pasa de ser entendido como un individuo cuyos derechos se tutelan básicamente para tratar de generar equilibrio en la relación desigual que mantiene con su empleador, a ser concebido como un ser social, cuyo papel en la sociedad trasciende de la esfera laboral a otros ámbitos, que trabaja no como medio de sobrevivencia sino como medio para generar otros fines últimos: el individuo trabaja para obtener los medios económicos que le permitirán alcanzar sus máximos de bienestar, siendo que muchas veces, incluso, logra cierto grado de superación con el mismo ejercicio de su profesión u oficio pues, aunque el trabajo es un medio para la obtención de un fin mayor, de ninguna manera implica que al mismo tiempo no pueda significar un fin inmediato.

Concluimos, pues, en que el *Trabajo decente*, entendido como concepto integrativo, pretende que la actividad asalariada permita al trabajador trascender. Bajo esta óptica, el trabajo no es un fin en sí mismo sino un medio de desarrollo de habilidades y/o capacidades que permitirán al ser humano lograr sus objetivos en la vida, en el sentido más ético.

IV. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL EN EL PERÚ

1. Regulación general: características del contrato a tiempo parcial en el Perú

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal que establezca cuáles deben considerarse como contratos a tiempo parcial. En efecto, el término se encuentra mencionado en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR (en adelante, LPCL), el que señala expresamente que "(…) también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna (…)".

A partir de ello, podría entenderse que el mencionado artículo permite que en el Perú se celebren contratos de trabajo por jornadas menores a las ordinarias

a manera de contrato a tiempo parcial, sin especificar de manera expresa cuál sería el límite cuantitativo para el establecimiento las mismas.

Pese a ello, una lectura sistemática de dicha disposición con lo establecido en los artículos 11 y 12 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, *Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo*, nos permite afirmar que el trabajador a tiempo parcial es aquel que labora en una jornada inferior a las cuatro horas diarias en promedio durante la semana, pudiendo tener en algunos días jornadas de cuatro o más horas(12).

Efectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del citado cuerpo normativo, los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor.

A nuestro entender, y difiriendo de la teoría planteada por Elmer Arce(13), la lectura sistemática de las disposiciones de la LPCL y el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo permiten interpretar que los trabajadores a tiempo parcial son aquellos que laboran menos de cuatro horas diarias, pues es ese el parámetro que se coloca para definir a qué derechos o beneficios laborales tienen acceso. En efecto, consideramos que si no fuera ese el criterio para definir a la categoría *tiempo parcial*, es decir, si pudiesen existir trabajadores a tiempo parcial que laboren más de cuatro pero menos de ocho horas diarias en promedio, entonces carecería de sentido la referencia antes citada.

Conviene señalar, además, que los contratos con trabajadores bajo el régimen de trabajo a tiempo parcial deberán celebrarse necesariamente por escrito, poniéndose a conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo en el término de quince días naturales desde su suscripción. La inobservancia de esta disposición implicará la inexistencia de un límite cuantitativo en la jornada y que se presuma, por lo tanto, que el contrato de trabajo es uno a tiempo completo, algo que reviste de gran importancia: por haberse laborado a tiempo completo sin que medie la suscripción de un contrato de trabajo por escrito que pudiera limitar bajo una causa objetiva la temporalidad del mismo, la relación laboral se presumirá a plazo indeterminado.

(12) De conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, para que se cumpla con el requisito de jornada inferior a cuatro horas debe sumarse el total de horas trabajadas en la semana y dividirse entre seis o cinco días (dependiendo del número de días de la jornada semanal), debiendo obtenerse un promedio inferior a cuatro horas diarias.

(13) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "El 'laberinto normativo' del contrato a tiempo parcial". En: *Derecho & Sociedad*. Año 19, Nº 30, 2008, pp. 121-131.

Ahora bien, en lo que respecta a los beneficios laborales, conviene señalar que en el Perú existen algunos cuya percepción se encuentra condicionada por la propia Ley al cumplimiento de una jornada mínima de cuatro horas, tales como la Compensación por Tiempo de Servicios y el descanso vacacional, limitaciones a las que debe añadirse la regulación referida a la estabilidad laboral. En el caso de los demás beneficios laborales, es decir, las gratificaciones legales, la bonificación extraordinaria, la asignación familiar, participación en las utilidades y la seguridad social en salud, los trabajadores a tiempo parcial tendrán derecho a su percepción regular.

Luego, a grandes rasgos, los trabajadores a tiempo parcial se diferencian de los trabajadores que prestan servicios bajo jornada completa u ordinaria, en lo siguiente:

i) Compensación por Tiempo de Servicios:

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, "(…) solo están comprendidos en el beneficio de la Compensación por Tiempo de Servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas (…)".

ii) Descanso vacacional:

Aunque de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 713, Legislación sobre descansos remunerados para los trabajadores de la actividad privada, "(…) para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo (…) la jornada ordinaria mínima de cuatro horas (…)", debemos recordar que nuestro país ha suscrito el Convenio Nº 52 OIT el que en el numeral 1) de su artículo 2 señala expresamente que toda persona tiene derecho a vacaciones anuales pagadas por un mínimo de seis días hábiles. Conforme a ello, los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a un descanso vacacional de, por lo menos, seis días hábiles por cada año de servicios.

iii) Estabilidad laboral:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LPCL, "(…) para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad

> privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es **indispensable** la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada (...)". Conforme a ello, bajo una interpretación a contrario, los trabajadores contratados a tiempo parcial no tienen derecho a la protección contra el despido arbitrario, es decir, pueden ser despedidos sin que medie causa justa para el mismo.

Como puede apreciarse, en el Perú el régimen de trabajo a tiempo parcial implica la reducción de derechos laborales para sus beneficiarios, reducción que tiene su máxima expresión de precariedad en el empleo en el establecimiento de un régimen que permite la inestabilidad laboral.

2. La inexistencia de estabilidad laboral como instituto que vulnera la vigencia del concepto de Trabajo decente

Estabilidad laboral: concepto e implicancias

El derecho al trabajo, de acuerdo a Carlos Blancas, sería el fundamento jurídico para la estabilidad laboral, pues, según señala, la doctrina es consistente en indicar que aquel posee dos vertientes, estas son, (i) el derecho de conseguir un empleo y (ii) el derecho de mantener el empleo logrado, es decir, el derecho a no ser despedido si no es por causa justa(14).

En función de ello, indica que *"*(…) la estabilidad es la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada (Barassi) o, reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia (De la Fuente) (...)"(15).

Pero esta expectativa de permanencia responde a fines políticos y sociales que revisten gran importancia: el ser humano, en su faceta de trabajador, tiene como expectativa conservar su empleo pues este es el medio que le permitirá a la larga la consecución de fines u objetivos máximos que guían su vida. Lo antes dicho encuentra una explicación aún más, por así decirlo, terrenal, en Eduardo García quien citando a Javier Neves señala que: "esta expectativa de permanencia en el empleo y su recepción por parte del derecho positivo se entiende cuando caemos en la cuenta de que la mayoría de las personas necesita trabajar", puesto

(14) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2ª ed., Ara Editores, Lima, 2006, p. 73 y ss.

(15) Ibídem, p. 79.

que el trabajo, como señala Javier Neves Mujica, "es la vía por excelencia para obtener los ingresos necesarios para la subsistencia"(16).

La estabilidad laboral, es, pues, la restricción del despido, la proscripción de todo despido que no se sustente en una causa justa y tiene como sustento la necesidad de dotar de seguridad al medio que permite el desarrollo del ser humano en la sociedad, aquel que le brinda el sustento.

Visto desde una perspectiva social, el derecho al trabajo viene a ser una herramienta que permite el goce o disfrute de otros derechos que en su conjunto aseguran el bienestar del individuo y, por ende, de la sociedad. Efectivamente, adicionalmente al hecho de que la generación de dinero a través del trabajo asalariado permitirá al trabajador como ser humano adquirir los bienes que resulten necesarios para la consecución de otros fines, no debe perderse de vista que en nuestro país la seguridad social y previsional, ambas necesarias para asegurar el bienestar de la población, están estrechamente relacionadas con el ejercicio de un trabajo asalariado.

En tal sentido, para que la sociedad en su conjunto pueda siquiera acercarse a la posibilidad de acceder a oportunidades de desarrollo de sus capacidades y obtención de los fines o metas individuales, resulta de cardinal importancia que se cuide la vigencia de las relaciones laborales, pues su inestabilidad deja en estado de indefensión al ser humano, el que difícilmente se procurará salud y, en su vejez, no tendrá fondo pensionario del cual hacerse el sustento. A partir de ello, y a continuación, analizaremos cómo se encuentra regulada la estabilidad laboral en el Perú.

En la Constitución Política del Perú de 1993 encontramos el artículo 27, referido a la estabilidad en el trabajo. Este indica de manera expresa y general que "(…) la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (…)". Como puede observarse, la constitución opta por una remisión a la normativa legal, la que no sería otra que lo dispuesto por la LPCL, la que prevé dos tipos de protección frente el despido, a saber, (i) la protección resarcitoria o indemnizatoria; y, (ii) la protección reparadora, formas de reparación que de manera previa a la publicación de la Ley Nº 29497, *Nueva Ley Procesal del Trabajo*, eran de aplicación en los casos de despidos arbitrarios y de despidos nulos, respectivamente.

(16) GARCÍA BIRIMISA, Eduardo. "La estabilidad en el empleo en el Perú y el caso particular del régimen del Contrato Administrativo de Servicios". En: *Revista Ita Ius Esto*. 7ª ed., disponible en: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/7_6-Garcia_Birimisa.pdf>.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la LPCL "para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es **indispensable** la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada".

Luego, a nivel legal, el trabajador a tiempo parcial no tiene derecho a forma alguna de protección contra el despido y, por ello, cuando un empleador decide su cese, pasa a retirarse de la empresa sin opción a cuestionar judicialmente la decisión y sin que, por lo tanto, se le otorgue algún supuesto de reparación.

El concepto de estabilidad laboral y la noción de Trabajo decente

Tal y como se explicó previamente, la estabilidad laboral permite que el trabajo como actividad sea un medio fundamental para que el individuo se genere el sustento y se dirija a la obtención de su plan de vida.

Es en función de ello que en contraposición al concepto de *Trabajo decente* se erige el concepto de *Empleo precario*, que puede ser definido como aquel en el que se carece de seguridad de empleo, uno de los elementos principales del contrato de trabajo(17).

Así, de acuerdo a Julio Gamero(18), Gerry y Janine Rodgers identifican cuatro criterios para la determinación de *Empleo precario*, a saber, (i) escasa duración del empleo o **riesgo a la pérdida de este**; (ii) pocas probabilidades de influir en las condiciones del empleo; (iii) reducido grado de protección de los trabajadores en las leyes mismas; y, (iv) bajos niveles de ingresos relacionados a condiciones de pobreza.

Como puede apreciarse, la inestabilidad laboral es una de las dimensiones del empleo precario. Ciertamente, aunque dicho concepto, al igual que el de *Trabajo Decente*, no se encuentra definido de manera universal, se pueden identificar en él características comunes:

En el sentido más general, el trabajo precario es un medio utilizado por los empleadores para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores. Es el trabajo que se realiza en la economía formal e informal y que se caracteriza

(17) GAMERO REQUENA, Julio. "De la noción de Empleo Precario al concepto de Trabajo Decente". En: *Derecho & Sociedad*. Año 22, Nº 37, 2011. p. 117.

(18) Ibídem, p. 118.

por niveles variables y grados de particularidades objetivas (situación legal) y subjetivas (sensación) de incertidumbre e inseguridad. Si bien un trabajo precario puede tener diversas facetas, se le suele definir por la incertidumbre que acarrea en cuanto a la duración del empleo, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente(19).

Como resulta evidente, el *Trabajo o Empleo precario* es la antítesis del *Trabajo decente* y **centra su definición en la idea de inestabilidad.** Por su parte, y a decir del mismo Gamero, la definición de *Trabajo decente* abarca seis facetas, una de las cuales se refiere a la *seguridad laboral*, que, como resulta evidente, incluye la "(…) necesidad de que se pongan límites a la inseguridad que conlleva la posibilidad de perder el trabajo y los medios de subsistencia (...)"(20).

Luego, la estabilidad laboral se encuentra íntimamente relacionada al concepto de Trabajo decente por ser uno de sus componentes, a nuestro parecer, uno de los principales, pues implica la seguridad de continuar en el empleo que permite al ser humano desarrollarse como tal y alcanzar sus capacidades. Así lo entiende el mismo Gamero cuando señala que "(...) es muy grave quedarse sin trabajo y no cabe duda de que la estabilidad laboral es un factor importante del Trabajo decente para la mayoría de la población (...)"(21).

Con lo antes señalado, queremos hacer notar la importancia de la estabilidad en el trabajo en todo ordenamiento laboral: el primer paso consistirá siempre en dotar de estabilidad laboral de salida a los trabajadores, siendo que las formas de reparación –es decir, si se adopta una estabilidad absoluta que contempla la reposición o una estabilidad relativa que tiene como consecuencia la indemnización– serán facultativas de cada Estado. La idea, como marco general, es que todo trabajador, sin importar el número de horas diarias en las que presta servicios o sin que importe el tiempo de servicios, tenga derecho a no ser privado de su puesto de trabajo sin que medie causa justa por ser este el principal medio para su desarrollo como ser humano.

(19) Organización Internacional del Trabajo. Oficina de actividades para los trabajadores - ACTRAV-. Políticas y regulaciones para luchar contra el empleo precario. Suiza, 2011, p. 5.

(20) Ibídem, p. 119.

(21) Ibídem, p. 121.

V. LA SITUACIÓN ACTUAL Y LA NECESIDAD DE UNA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Tal y como se desarrolló previamente, el ordenamiento laboral peruano dota de protección contra el despido arbitrario únicamente a aquellos trabajadores que presten servicios en una duración diaria igual o mayor a las cuatro en promedio. Así, los trabajadores a tiempo parcial son en la actualidad uno de los grupos laborales más vulnerables, pues, además de encontrarse en un régimen de derechos laborales disminuidos con relación a los trabajadores de jornada ordinaria –ya hemos visto que cuentan con derecho a un periodo de descanso vacacional sustancialmente menor y no cuentan con derecho a percibir Compensación por Tiempo de Servicios–, no cuentan con estabilidad laboral de salida, algo que permite, además, que se haga uso de esta facultad del empleador en perjuicio de otros derechos laborales que son sustanciales a la figura del trabajador, entre otros, el ejercicio del derecho a la libertad sindical y los correlativos derecho a la negociación colectiva y la huelga.

Ciertamente, ante la precarización del empleo generada por la posibilidad de ser despedido sin causa, encontramos difícil que un trabajador pueda hacer valer sus derechos ante su contraparte. A continuación algunos ejemplos: (i) siendo el trabajo en sobretiempo voluntario, es probable que la inestabilidad laboral del contrato a tiempo parcial determine que los trabajadores que se encuentran bajo ese régimen se vean o se sientan indirectamente obligados a prestar servicios en sobretiempo como una práctica habitual, algo que además de desnaturalizar la idea de contratación a tiempo parcial vulnera la libertad de elección de los mismos; (ii) en el entendido de que la libertad sindical y los derechos afines a esta son percibidos por los empleadores como un aspecto indeseable de las relaciones laborales, es altamente probable que un trabajador a tiempo parcial no pueda ejercer su libertad de sindicalización pues tema a la represalia del despido y, con ello, que los salarios de este grupo de trabajadores se mantengan sustancialmente bajos, no solo porque no tienen derecho a percibir siquiera el equivalente a la Remuneración Mínima Vital sino porque, además, no se verán beneficiados del producto de ninguna acción colectiva; (iii) considerando que muchos empleadores desconocen la normativa de la OIT y pecan de legalistas, es altamente contingente que la legislación nacional no contemple el descanso vacacional en el régimen de trabajo a tiempo parcial, lo que en la práctica debe significar gran ausencia de descanso en estos trabajadores.

Como puede observarse, encontramos que la regulación legal del régimen de contrato a tiempo parcial es perjudicial para el trabajador principalmente porque

lo excluye de la protección contra el despido arbitrario. Es casualmente por ello que consideramos que la naturaleza del derecho al trabajo debe prevalecer a la regulación legal y ser base normativa suficiente para que dicho colectivo no se vea excluido de la estabilidad laboral.

Efectivamente, partiendo de lo establecido en nuestra Carta Constitucional, es preciso recordar el contenido de sus artículos 22[(22)] y 23[(23)] pues, a partir del mismo, entendemos que el Estado peruano, como un Estado Social de Derecho, ha adoptado como política de gobierno la idea que subyace del concepto de Trabajo decente: el trabajo es base para el desarrollo, para la realización de las personas y, por ello, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio del propio derecho al trabajo, el que se entiende como aquel medio que permite la realización de la persona en dignidad humana.

Siendo dicha afirmación el centro de nuestra propuesta, consideramos entonces que la normativa infraconstitucional –la LPCL y su Reglamento, el TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios y la Ley de descansos remunerados– de ninguna manera puede prevalecer sobre las disposiciones de la carta constitucional, máxime si se sabe que el Perú es parte de la OIT y, como Estado miembro, está obligado a atender sus directrices y observar el Trabajo decente como objetivo institucional.

En dicha línea argumentativa, y en vista de que en la actualidad los empleadores se amparan en la Ley para despedir sin causa justa a los trabajadores a tiempo parcial, consideramos que será necesario que se proceda a modificar la legislación nacional para eliminar cualquier diferencia que pueda existir entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, pues, de lo contrario, podría surgir lo que Víctor Ferro denomina *un nuevo supuesto de reposición en el empleo*[(24)].

Ciertamente, frente a la incongruencia de lo dispuesto en la normativa legal y lo previsto en la Constitución, no resulta descabellado que los trabajadores que entiendan que se ha afectado el contenido esencial de su derecho al trabajo

(22) Artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

(23) Artículo 23 de la Constitución Política del Perú de 1993.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

(24) FERRO, Víctor. "La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Derecho.* Año 2012, Nº 68, Revista de la PUCP, p. 485.

opten por exigir el reconocimiento de estabilidad laboral mediante la vía del amparo, buscando así burlar los obstáculos que les impone una legislación laboral restrictiva e inconsistente con el concepto de Trabajo decente.

Por ello, y a fin de evitar el uso indebido de la vía residual del proceso constitucional de amparo, resulta necesario que el Poder Legislativo se anticipe a esta problemática latente y opte por lo que a nuestro entender resulta la solución más justa: eliminar cualquier diferencia entre el régimen de beneficios (descanso vacacional y compensación por tiempo de servicios) y garantías (estabilidad laboral) previsto para los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo.

Efectivamente, hemos señalado a lo largo del presente ensayo la importancia de la estabilidad laboral y, por lo tanto, el igualar a ambas categorías de trabajadores en cuanto a la protección que les brinda el Estado frente al despido sin causa justa significará el reconocimiento de su trascendencia y la implementación de una política de Estado acorde con los objetivos de la OIT.

Sumado a ello, y en lo que se refiere al reconocimiento de beneficios sociales, consideramos importante no perder de vista el hecho de que cualquier reconocimiento que tuvieran los trabajadores a tiempo parcial será siempre proporcional a su nivel de ingresos y al tiempo de su jornada ordinaria por lo que, en realidad, reconociéndoles la percepción de Compensación por Tiempo de Servicios y el derecho a descanso vacacional no se les estará favoreciendo indebidamente sino que simplemente se les estará igualando en condiciones respecto de cualquier trabajador sujeto a jornadas laborales que igualen o superen las cuatro horas diarias en promedio.

En este sentido, nos parece importante la propuesta de cambio contenida en el Proyecto de Ley General del Trabajo, el que contempla en su artículo 116 que "(…) solo puede despedirse a un trabajador cuando exista causa justificada establecida por la ley. La causa justificada debe estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa (…)". Como se observa, el texto del Proyecto de Ley General del Trabajo no condiciona el reconocimiento de la estabilidad laboral, como sí lo hace el actual artículo 22 de la LPCL, a que los trabajadores laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, lo que significa que, de aprobarse dicha iniciativa, el régimen de estabilidad laboral sería legalmente reconocido a toda categoría de trabajador, incluidos los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Pese a todo, siendo poco probable la aprobación del mencionado Proyecto, consideramos que lo positivo puede encontrase en que este ha expresado el

consenso al que llegaron las bases y que, por tanto, es factible entender como legítima la necesidad de modificación de la legislación vigente no solo por ser, a nuestro entender, inconstitucional sino apoyándonos, además, en que ya existe acuerdo en los diferentes grupos respecto de la necesidad de cambio.

Finalmente, tal y como se viene esbozando, nuestra tesis radica en que el Trabajo decente tiene entre sus bases a la estabilidad laboral y, por ello, resulta necesario y de suma urgencia que el ordenamiento nacional se modifique y reconozca que toda categoría de trabajador, incluidos los que laboran en jornada reducida, deben beneficiarse de ella pues solo así podrán encontrar en el trabajo un medio para la obtención de la calidad y forma de vida que anhelan.

VI. CONCLUSIONES

1. El Trabajo Decente es eje de acción de la OIT desde que se acuñó como concepto e implica la revalorización del ser humano, entendiendo que el trabajador tiene como función social una que trasciende a la esfera de las relaciones laborales.

2. Con la revalorización de la calidad de ser humano del trabajador, se ha centrado el desarrollo del mismo en respeto de su dignidad humana. Conforme a ello, toda relación laboral debe garantizarla y proveer los medios suficientes para que la persona pueda desarrollar su plan de vida: se entiende que el trabajador es un ser humano social que tiene al trabajo como principal medio para la consecución de sus fines.

3. De conformidad con los conceptos de *Trabajo decente* y *precariedad en el empleo*, se sabe que la estabilidad laboral es uno de los principales componentes del *Trabajo decente*, pues otorga seguridad en la permanencia en el empleo, siendo este último el medio que provee de recursos económicos para la realización del plan de vida de cada persona.

4. Contrariamente con las disposiciones constitucionales que entienden al trabajo como un derecho y un medio para la realización de la persona, entendiendo, además, que ninguna relación laboral puede rebajar la dignidad del trabajador, la regulación legal en el Perú del trabajo a tiempo parcial no reconoce la estabilidad en el empleo de los mismos, generando así desprotección.

5. En vista de que la estabilidad laboral tiene su fundamento en el *derecho al trabajo* entendido como el derecho a conservar el empleo, consideramos factible que, ante la desprotección y mientras que la legislación vigente no se modifique, los trabajadores afectados por la mencionada inestabilidad laboral opten por acudir al proceso de amparo en pos de alguna protección para el contenido esencial del mismo.

6. Siendo el proceso de amparo una vía residual, y ante lo que entendemos como la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que limitan la estabilidad laboral de los trabajadores a tiempo parcial, encontramos la necesidad de que el Estado de anticipe a la problemática que puede generarse con la *ordinarización de la protección constitucional del proceso de amparo*, modificando la legislación laboral vigente y reconociendo el derecho de toda categoría de trabajadores a la estabilidad laboral, ello en búsqueda de una aplicación plena del concepto de Trabajo decente.

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

ERNESTO CÁRDENAS TERRY

I. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones laborales que ha recibido mayor influencia de nuestra jurisprudencia (sea del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema) es el derecho al trabajo en su faceta de salida, esto es, la protección del trabajador contra el despido sin causa o injustificado. Desde el conocido como "caso Telefónica", mediante el cual el Tribunal Constitucional (TC) inaplicó el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, hasta la consideración del "retiro de confianza" como una causal de extinción del contrato de trabajo que no genera la reposición (salvo excepciones), no cabe duda de que el análisis de la regulación de la estabilidad en el empleo requiere un estudio minucioso de los criterios judiciales existentes.

En ese contexto, el presente artículo se centra en la protección contra el despido de los trabajadores de confianza a raíz de la posición que el TC, luego del cambio jurisprudencial ya anotado, ha adoptado acerca de la estabilidad relativa de estos. Asimismo, trataremos acerca de un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema que, basado en la postura del TC, analiza si la pérdida de confianza que involucra una reubicación en la organización supone o no un acto de hostilidad del empleador.

Previamente, esbozaremos de manera general los alcances de la estabilidad laboral, para luego definir quiénes son considerados por nuestra normativa como personal de confianza (diferenciando entre los trabajadores de dirección y los de confianza en sentido estricto), antes de revisar la sentencia antes mencionada.

II. EL DERECHO AL TRABAJO EN SU FACETA DE SALIDA

A diferencia de lo que sucede en otras relaciones jurídicas, en las de carácter laboral la desigualdad estructural existente entre las partes contratantes determina que sea necesario regular de manera particular las causas por las cuales se puede extinguir el vínculo entablado, como forma de garantizar una adecuada protección del contratante débil.

Este marco de protección tiene su pilar fundamental en la consagración del derecho al trabajo, que presenta dos facetas: la de acceso al empleo (faceta de entrada) y la de conservación del mismo (faceta de salida) (1).

En nuestro ordenamiento, el derecho al trabajo se encuentra recogido en el artículo 22 de la Constitución Política de 1993. Dicho artículo establece lo siguiente:

> "Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

Como se aprecia, nuestra Norma Fundamental recoge expresamente, en adición al concepto de trabajo como un deber, el derecho al trabajo. Como ya adelantamos, este último comprende una faceta de entrada y una de salida (estabilidad en el empleo). Adicionalmente, el artículo 27 de la Constitución reafirma la invalidez del despido sin causa y, por lo tanto, la existencia de estabilidad al señalar que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

Como se sabe, interpretando los dos artículos constitucionales antes referidos, el TC llegó a la conclusión de que la protección adecuada contra el despido arbitrario no podía limitarse al pago de una indemnización, siendo necesario que el trabajador pueda acceder a una tutela restitutoria. En efecto, dicho razonamiento se recogió en la sentencia del denominado "caso Telefónica" (Exp. Nº 1124-2001-AA/TC), en la cual, además, se ratificó que el contenido esencial del derecho al trabajo "implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte

(1) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, p. 54.

y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa".

A efectos del presente artículo, nos centraremos precisamente en los alcances del derecho de los trabajadores a conservar su empleo.

En los sistemas laborales actuales, se tiende a materializar la protección de la conservación del empleo de los trabajadores en las limitaciones que se imponen a la facultad del empleador de dar por concluido el contrato de trabajo, con la finalidad de evitar la pérdida del empleo por decisión arbitraria o injustificada del empresario. De este modo, las legislaciones establecen, de manera general, que la extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador solo será válida siempre que exista una causa justa prevista en la ley.

Así, a diferencia del trabajador, quien puede ejercer su facultad de renunciar al empleo sin motivación alguna (o, si se quiere, sin que dicha motivación deba ser expresada para que su decisión cuente con eficacia jurídica), el empleador debe sustentar la medida extintiva en una causal establecida expresamente en la legislación para que el ordenamiento reconozca la legalidad de la medida extintiva.

Doctrinariamente, se reconoce que "el derecho al trabajo es el punto de apoyo constitucional del principio de estabilidad en el empleo, que se manifiesta en numerosas reglas legales, entre ellas las que establecen un 'régimen de despido causal', entendido como exigencia de justificación suficiente para el despido"[(2)].

A manera de breve recuento histórico sobre la estabilidad laboral, Vásquez ha señalado que "la relación laboral, dado que por lo general, tiene un carácter continuo, vincula a las partes durante un tiempo. La determinación de este último quedó librada en los comienzos de la aparición del hecho laboral como consecuencia de la Revolución Industrial, a la voluntad del empleador. Este ejerció esa facultad en forma discrecional como un elemento que integraba su derecho

(2) MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 139.

–en cierta manera absoluto– de gestión de la empresa y, por lo tanto, de concertar y rescindir los contratos de trabajo que en tal carácter había realizado.

Esa situación como es fácil imaginar, trajo consigo una serie de problemas para los trabajadores. Estos que por lo general solo poseen su capacidad de trabajo, se veían con el fantasma del despido a través de una rescisión contractual que no imponía ninguna obligación de indemnizar u otra cortapisa.

No debe extrañar, por lo tanto, que una de las primeras 'conquistas sociales' tendiera a obtener un cierto freno de esa situación de privilegio. La misma se concretó, en primer lugar, en obligar al empleador a conceder un aviso previo de la rescisión y luego, a abonar una indemnización. Ese paso logrado, ya sea a través de la legislación laboral o bien por convenios colectivos, marca un hito en la 'transformación' operada en la historia de la gerencia de la empresa. De una etapa que podría llamarse autocrática, se llega en forma paulatina a una en que aquella debe regular sus acciones de acuerdo con determinados presupuestos jurídicos. En un tercer periodo, se insinúa un tipo de relación democrática (...).

Ese cercenamiento de la facultad omnímoda del empleador, no se limita a ese solo aspecto; hay una tendencia a establecer que si no media una causal enumerada por ley o convenio aquel no puede rescindir la relación. Por lo tanto, el acto que se ha dictado –en violación de la norma– y por el que se resolvió el contrato, no tiene validez"[3].

Desde la perspectiva internacional también se ha reconocido la importancia de la estabilidad en el empleo. A manera de ejemplo, el artículo 7 del denominado "Protocolo de San Salvador" (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)[4] señala lo siguiente:

> "**Artículo 7.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo**
>
> Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y

(3) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1986, pp. 129-131.

(4) Es importante recordar que, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades (como el derecho al trabajo) se interpretan de conformidad con los tratados sobre las mismas materias ratificados por el Perú, formando así un bloque de interpretación constitucional.

> satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:
>
> (...)
>
> d. 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; (...)".

Como se aprecia, la norma internacional citada reconoce a la estabilidad como una parte fundamental del derecho al trabajo, exigiendo que el cese proceda ante la existencia de "causas de justa separación".

Ahora bien, en adición a la causalidad como mecanismo para proteger al trabajador de un cese injustificado, también es necesario para tales efectos que se verifique el cumplimiento del procedimiento establecido para la extinción del vínculo laboral.

En palabras de Arce "nuestra legislación y jurisprudencia constitucional a efectos de limitar el despido injustificado o arbitrario, ha decidido someter el despido individual y el despido colectivo a la presencia de causa y al cumplimiento de un procedimiento. Causa y procedimiento se convierten en los límites que equilibran el poder entre trabajador y empleador. La exigencia de causa y de procedimiento no supone negarle al empleador la potestad de despedir, sino que restringe la utilización del poder de dirección a lo razonable. De ahí que, exista un mayor equilibrio de poderes en comparación con el que existe en otras etapas del contrato de trabajo"(5).

Ahora bien, nuestra normativa aplicable al régimen laboral de la actividad privada no contiene regulación alguna que excluya a los trabajadores de confianza del Derecho del Trabajo en su faceta de salida, por lo que debemos concluir que estos también merecen protección contra el despido sin justa causa.

(5) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 519.

III. DEFINICIÓN DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

El artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral define tanto el concepto de trabajadores de dirección como el de personal de confianza. Así, el referido artículo señala lo siguiente:

> "Artículo 43.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
>
> Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales".

Como se aprecia claramente, se trata de dos clasificaciones especiales con las que un empleador puede designar a sus trabajadores, en función del puesto de trabajo que cada uno de ellos ocupa.

En el caso de los trabajadores de dirección, estos son los que representan al empleador de manera general frente al resto de personal o de autoridades públicas o privadas, teniendo un alto nivel de responsabilidad que determina que su labor sea fundamental para los resultados empresariales. Así, por ejemplo, se suele señalar que califican como tales los trabajadores de más alto nivel de una empresa o los gerentes de primera línea (Gerente General, Gerente de Administración, Gerente de Recursos Humanos, etc.). No son trabajadores de dirección, en cambio, los capataces o supervisores de un área específica, puesto que si bien ostentan cierto poder de dirección frente a algunos trabajadores, no se trata de una facultad ejercida de manera general. Sostener lo contrario, implicaría en nuestro concepto ampliar de manera peligrosa esta calificación, al punto que llegaríamos a afirmar que cualquier trabajador que tenga personal a su cargo podría ser calificado como directivo, lo cual conllevaría a la interpretación extensiva de una norma que restringe derechos, lo cual no es admisible desde la perspectiva legal.

En cambio, los trabajadores de confianza no requieren ejercer esta representación general, bastando que (i) tengan acceso a información confidencial o reservada por el ejercicio de sus funciones; o (ii) elabore informes u opiniones que contribuyen a la toma de decisiones en la actividad empresarial. En ambos supuestos, sin embargo, es necesario cumplir un requisito adicional, esto es, que exista una relación directa con el personal de dirección.

Si imaginamos el organigrama de una empresa, tendríamos que concluir que para cumplir este segundo requisito y calificar como personal de confianza, debe existir una línea de reporte directo entre el trabajador de confianza y el de dirección. Si ponemos como ejemplo de trabajador de dirección al Gerente de Recursos Humanos de una empresa, personal de confianza podrá ser el Asistente de planillas que (i) tiene acceso a la información de los sueldos del personal (por ser de naturaleza reservada); y (ii) reporta directamente al referido gerente. Por el contrario, si el asistente reporta directamente al jefe de Recursos Humanos y es este quien informa al gerente, el asistente no calificará como trabajador de confianza, pese a tener acceso a la información confidencial. Como se desprende de lo anterior, la calificación del personal de dirección y de confianza variará en función de la situación concreta de cada empleador.

Cabe señalar que el concepto de personal de dirección es más amplio ya que, de modo implícito, involucra el concepto de confianza: todo alto funcionario es, en efecto, personal de dirección y trabajador de confianza. En cambio, no todo trabajador de confianza es directivo. Según el TC, por su naturaleza la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida en que no tiene poder de dirección ni de representación(6).

Es importante señalar que los trabajadores de dirección y de confianza no gozan de todos los derechos que tienen los trabajadores ordinarios o presentan ciertas particularidades en el ejercicio de los mismos.

Así, los trabajadores de dirección y de confianza:

- Pueden someterse a un periodo de prueba mayor que el personal común (hasta 6 meses para trabajadores de confianza y 12 meses para los de dirección).

(6) MOGOLLÓN ATOCHE, Alex Ernesto. "Tratamiento diferenciado de personal de dirección y de confianza. Especial referencia al ejercicio del derecho de huelga". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 117, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2010, p. 35.

- No están sujetos al pago de sobretiempo ni al pago por trabajo en día de descanso semanal obligatorio (solo para los trabajadores de dirección, o los de confianza que no estén sujetos a fiscalización inmediata).

- No pueden ser miembros de un sindicato, salvo que el estatuto de la organización lo permita.

- Los gerentes que hayan decidido no hacer uso de su descanso vacacional no tienen derecho al pago de la indemnización vacacional.

- Pueden ser elegidos como parte del Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo en representación del empleador.

Habiendo analizado la situación particular de los trabajadores de dirección y de confianza, ahora haremos un breve análisis de la postura del TC acerca de la protección que estos tienen contra el despido arbitrario.

IV. INTERPRETACIÓN DEL TC SOBRE EL ALCANCE DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

Si bien el TC ha ido variando su posición sobre la protección del personal directivo y de confianza a lo largo de los últimos años[7], la postura actual del máximo intérprete de la Constitución es que dichos trabajadores no tienen derecho a la reposición, pero sí a la indemnización ante un despido sin causa. Así, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 3572-2005-PA/TC, el colegiado sostuvo que: "es necesario mencionar que el demandante se desempeñó en un cargo directivo, motivo por el cual no es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitarse, en caso de despido arbitrario, el pago de una indemnización".

Siguiendo el criterio del TC, los trabajadores de dirección o de confianza son la excepción a la regla general en materia de protección contra el despido arbitrario: si un trabajador ordinario puede elegir entre la reposición y la indemnización, el personal de confianza solo tiene derecho a esta última. No obstante ello, el TC admite una situación excepcional: aquellos trabajadores

(7) Al respecto, ver PUNTRIANO ROSAS, César. "Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza". En: *Advocatus*. Nº 21, Lima, 2009, pp. 225-257.

directivos o de confianza que han accedido a tales puestos por ascenso o promoción, sí pueden solicitar su reposición al puesto que no califique como de confianza.

En efecto, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 03501-2006-PA/TC, el TC señaló que: "La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, esta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (art. 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley".

Cabe señalar que esta postura del TC se mantiene inalterada como se puede constatar, entre otras, de la reciente sentencia recaída en el Exp. Nº 04176-2012-PA/TC, en la que ratifica sus interpretaciones y, además, sostiene que el retiro de confianza no vulnera el derecho de defensa, porque en ese caso no es necesario seguir procedimiento de despido establecido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Un importante sector de la doctrina se ha pronunciado en contra de las interpretaciones del TC antes señaladas, al considerar que se trata de una posición inconsistente, ya que nuestra normativa no ha establecido una causal de cese por pérdida de confianza, por lo que este supuesto se trataría de un despido incausado, que –como ya hemos visto– merecería la tutela resarcitoria siguiendo los lineamientos del propio TC[8]. Otro sector discrepa, a su vez, de los pronunciamientos del TC en cuanto, aplicando su posición al caso en concreto que toca dilucidar, señalan que el retiro de confianza "no vulnera derecho constitucional alguno"[9] o, con mayor contundencia, que no "ha producido un despido incausado"[10]. En ese sentido, coincidimos con Ulloa[11], pues de esta última afirmación se desprende que el retiro de confianza sería una causal válida para cesar a un trabajador (de

(8) FERRO DELGADO, Víctor. "La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Derecho PUCP*. Nº 68, Revista de la Facultad de Derecho, Lima, pp. 472-494.

(9) STC Exp. Nº 03501-2006-PA/TC.

(10) STC Exp. Nº 00584-2010-PA/TC.

(11) ULLOA MILLARES, Daniel. "El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional". En: *Ius et Veritas*. Nº 43, Lima, 2011, pp. 196-206.

confianza), lo cual implicaría la imposibilidad incluso de exigir una indemnización (pues esta corresponde ante un despido injustificado), siendo coherentes con dicha interpretación. No obstante ello, consideramos que se trata de un error conceptual del TC que no podría llevar a privar al personal de confianza de toda protección contra el despido.

Al respecto, somos de la opinión que el retiro o pérdida de la confianza no configura una causa justa de despido, porque ello significaría que los trabajadores de dirección y de confianza no gozan de estabilidad laboral, lo cual contraviene los artículos 22 y 27 de nuestra Constitución, que no admite excepciones subjetivas en la aplicación del derecho al trabajo. Sin embargo, sí consideramos razonable que, por la especial naturaleza de las funciones que ocupan, ciertos trabajadores puedan merecer una protección distinta a los trabajadores comunes ante un despido arbitrario (indemnización en lugar de reposición).

En este mismo sentido, Arévalo señala que: "Dada la naturaleza del cargo, que radica en la confianza del empleador, no se podría obligar a este a que 'vuelva a confiar' en el trabajador, pues es una posición que solo nace de la voluntad del empleador; motivo por lo cual es inviable pensar que a través de un proceso constitucional de amparo se pueda lograr reponer al trabajador de confianza en el puesto que venía ejerciendo. Bajo la existencia de este supuesto, en el que no se le reconoce al trabajador de confianza acción para su readmisión en el centro de labores, creemos que le correspondería gozar de una tutela resarcitoria a través del pago de una indemnización tarifada conforme a ley"[12]. Así, nos adscribimos a la posición que viene sosteniendo hace varios años la Corte Suprema de Justicia de la República, por ejemplo, en la sentencia en Cas. Nº 1489-200-Lima (citada por el referido autor), consistente en conceder indemnización por despido ante un cese por retiro de confianza de un trabajador directivo o de confianza.

Nos parece que la postura actual del TC sobre la imposibilidad de que los trabajadores de confianza exijan su reposición resulta justificada ante la ausencia de norma que regule expresamente la readmisión de dicho personal y luego de que proclamó de manera general la reposición como mecanismo idóneo para la protección del derecho al trabajo en su faceta de salida. Recordemos que, luego de la entrada en vigencia de la Ley Nº 26513 (que introdujo la tutela resarcitoria

(12) ARÉVALO VELA, Javier y YNAMI GARCÍA, Suhel. "La protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 112, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2008, p. 30.

como mecanismo de reparación ante un despido arbitrario en lugar de la restitutoria), no resultaba necesario precisar que los trabajadores directivos o de confianza no tenían derecho a la reposición, puesto que ni ellos ni el personal común tenían esa posibilidad, salvo que se demostrase haber sufrido un despido nulo. Por ello, entendemos la posición del TC como una aclaración derivada de la interpretación sobre el despido que construyó a partir del "caso Telefónica".

Sin embargo, en lo que sí discrepamos con el TC es con la excepción establecida posteriormente sobre los trabajadores de dirección o confianza que accedieron a dichos puestos por promoción. Si bien es loable que se trate de evitar el abuso del derecho (que se produce, por ejemplo, si un empleador promueve a un trabajador a un puesto de confianza y, al día siguiente, lo despide alegando el retiro de confianza) como se señala en la sentencia del Exp. Nº 03501-2006-PA/TC, consideramos que resulta preferible analizar en cada caso en concreto si se está o no haciendo un ejercicio abusivo del "retiro de confianza"[13], en vez de establecer de manera general que todo trabajador de confianza que ascendió desde un puesto común debe tener derecho a ser repuesto en este último cargo.

Pongamos el ejemplo de un trabajador que hizo carrera dentro de una empresa, pasando por los siguientes puestos: asistente, analista, jefe y gerente (siendo los dos últimos de confianza y dirección, respectivamente). ¿Resulta razonable que el gerente regrese a ocupar el puesto de analista, cuando el empleador perdió la confianza en cómo presta sus servicios? ¿Sería válido suponer que sí realizará una labor confiable como analista? Nos parece que la solución derivada de la interpretación del TC no resulta adecuada siendo más apropiado determinar caso por caso si se presentaba una situación abusiva, como ya mencionamos.

Ahora bien, ello no significa, en nuestro concepto, que los lineamientos del TC permitan a un empleador reubicar a un trabajador de confianza a un puesto común por "pérdida de la confianza", con la consiguiente reducción de categoría y remuneración. Al respecto, analizaremos una reciente sentencia de la Corte Suprema como corolario del presente trabajo.

(13) El TC inclusive no está analizando si se produce este abuso de derecho, como lo señala GUTIÉRREZ GONZALES, Armando. "La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza". En: *Ius et Veritas.* Nº 38, Lima, 2010, pp. 178-182.

V. RECIENTE PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE ACTOS DE HOSTILIDAD CONTRA LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

En la sentencia en Cas. Nº 3636-2010-Cusco, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero de 2014, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió en última instancia el proceso laboral iniciado por el señor Federico Augusto García Miranda contra Electro Sur Este S.A.A., en el cual solicita el cese de los actos de hostilidad imputados a su empleador, derivados de la decisión de retirarle la confianza en el puesto de jefe de Marketing (que en las instancias inferiores se comprobó que era de confianza), rebajándole la categoría al obligarlo a ocupar el puesto de "Especialista Proyectos Foner" y reduciéndole la remuneración que venía percibiendo en su calidad de jefe de Marketing.

La Corte Suprema, citando la postura del TC sobre la protección restringida que corresponde a los trabajadores de confianza esgrimida en el Exp. Nº 03501-2006-PA/TC, consideró que no correspondía aplicar la protección de rebaja inmotivada de categoría como causal de hostilidad laboral por la especial naturaleza del cargo de confianza desarrollado por el trabajador.

Sin embargo, no opinó de manera similar con relación a la reducción de remuneración. En efecto, la Corte sostiene que no hay norma en nuestro ordenamiento que faculte al empleador a reducir unilateralmente la remuneración que el trabajador percibió durante el tiempo que desarrolló el cargo de confianza y recuerda que la Ley Nº 9463 exige la aceptación del trabajador para que la reducción de remuneraciones sea válida, lo cual resulta aplicable también al personal de confianza. Por ello, se concluye que no es una justificación válida para reducir la remuneración del trabajador el haberle retirado la confianza y, como consecuencia de ello, reubicarlo en un cargo común, por lo que resulta procedente requerir el cese de la hostilidad en este extremo. En resumen, la pérdida de confianza permitiría rebajar la categoría del trabajador (para que ocupe un puesto común), siempre que se respete la remuneración del puesto anterior.

Consideramos que la sentencia bajo comentario modifica el criterio anterior de la Corte Suprema recogido en la Casación Nº 210-2010-Lambayeque, en el que se señaló que la pérdida de la confianza no resultaba suficiente para reducir la categoría de un trabajador.

Habiendo señalado ello, expresamos nuestra discrepancia con la sentencia bajo análisis, porque a nuestro modo de ver no resulta justificado que se admita la reducción de categoría (y, por ende, tampoco la rebaja remunerativa) derivada del retiro de confianza.

En nuestra opinión, la interpretación del TC se circunscribe a la protección contra el despido arbitrario y, como tal, solo operará cuando el trabajador (a través del inicio del proceso judicial respectivo) manifieste su plena intención de ser repuesto en un puesto de inferior nivel al último ocupado, con las condiciones aplicables a este. Recordemos que la postura del TC consiste en que el personal de confianza promovido puede ser repuesto en el puesto común que ocupó con anterioridad y, en todo caso, de no desear esa reposición, el trabajador podría optar por su derecho a la indemnización por despido.

En ese contexto, si consideramos que resulta admisible ya no solo despedir por retiro de confianza (ante lo cual el trabajador podrá solicitar la indemnización correspondiente) sino también rebajarle la categoría (y, por lo tanto, que dicha rebaja no califique como acto de hostilidad), estaríamos privando al trabajador directivo o de confianza de la posibilidad de exigir su indemnización por "despido indirecto" sin que él haya podido manifestar su voluntad acerca del cambio de puesto, ya que se trataría de una medida válida motivada en la pérdida de confianza. La única condición que tendría que respetar el empleador sería mantener la remuneración del trabajador de confianza en el monto que viene percibiendo, según se desprende de esta sentencia.

Si bien esto último se puede entender como una protección para el trabajador de confianza, no resulta una solución óptima. Desde la perspectiva del trabajador, porque –como ya señalamos– lo fuerza a aceptar una reubicación en un puesto de nivel inferior con la que probablemente no esté de acuerdo, afectándose así las calificaciones adquiridas durante su carrera en la empresa y su categoría profesional. Además, por el lado del empleador, porque genera diferencias remunerativas entre trabajadores que ocupan un mismo puesto de trabajo, lo cual puede generar inconvenientes internos por la diferenciación salarial existente, que podría motivar reclamos basados en la regla de pago igual por trabajo igual, expresamente recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[14].

(14) BLUME MOORE, Iván. *Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú. De la construcción teórica a la aplicación práctica*. Lima, 2010, p. 60.

VI. REFLEXIÓN FINAL

A manera de conclusión, consideramos que el TC debe evaluar la posición actual que sostiene sobre la protección contra el despido de los trabajadores de confianza, a fin de determinar si es apropiado considerar de manera general la reposición para el personal que ha sido ascendido a puestos de confianza. Por lo demás, resulta deseable que tanto el TC como la Corte Suprema uniformicen criterios, a fin de que no se afecte de manera irrazonable la estabilidad en el empleo o las condiciones de trabajo del personal directivo o de confianza (como en nuestra opinión estaría sucediendo con la interpretación contenida en la sentencia comentada en el numeral anterior).

EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

JOAQUÍN A. DE LOS RÍOS DE LA TORRE

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo procede a explicar el Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial, pasando por la interpretación inicial del Contrato de Trabajo en general. Se detalla los beneficios con los que cuenta un trabajador a tiempo parcial, así como también se presentan los supuestos en los que su celebración se desnaturaliza, permitiendo al trabajador percibir todos los beneficios que en su modalidad a tiempo parcial estaba impedido.

II. CONTRATO DE TRABAJO Y SUS CLASES

Es importante comprender que es el Contrato de Trabajo en general, toda vez que permitirá comprender de una manera más clara al Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial.

Los contratos de trabajo en el Perú, son comúnmente clasificados en típicos y atípicos, siendo su diferenciación basada en la duración y en la jornada.

Por lo tanto, cuando se acuerda una duración indeterminada o indefinida, nos encontramos frente al supuesto de un contrato típico y cuando el contrato es celebrado a plazo fijo es conocido como atípico (conocido en nuestra legislación como "contratos de trabajo sujetos a modalidad").

Asimismo, cuando la jornada de trabajo se encuentra en el máximo legal, nos encontramos frente a un contrato típico, pero cuando la jornada laboral es menor a la ordinaria o habitual del centro laboral, nos encontramos frente a un contrato de trabajo atípico. En este último supuesto se encuentra el Contrato a Tiempo Parcial, sin embargo, en nuestra legislación la jornada deberá ser menos a cuatro (4) horas diarias.

Consideramos que el Contrato de Trabajo da inicio a la relación laboral, generando una serie de derechos y beneficios a las dos partes y procede a regular las condiciones dentro de las cuales se desarrollará dicha relación laboral. Además, se entiende que el Contrato de Trabajo es considerado como aquel acto jurídico en virtud del cual una persona, denominada trabajador, presta sus servicios de manera personal, subordinada, de forma indefinida salvo excepción debidamente justificada, a favor de otra, denominada empleador, a cambio de una remuneración.

Como podemos observar, a partir de la definición dada en el párrafo anterior, todo Contrato de Trabajo supone debe ser de plazo indeterminado, lo cual encuentra su sustento en el principio de continuidad del Derecho del Trabajo. En ese contexto, la presente regla tiene una excepción la cual se fundamenta por la naturaleza del servicio a prestar, de manera excepcional, donde la ley ha previsto la contratación a plazo determinado; es decir, nos referimos a otro principio que es el de casualidad, la cual, para ser válida, deberá cumplir con ciertas formalidades, requisitos, condiciones, y plazos especiales, de lo contrario dicho contrato podría convertirse en ilícita y, en consecuencia, estaríamos frente a la desnaturalización del mismo y reputarse como un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

En efecto, si nos remitimos al aspecto formal, uno de los requisitos a cumplirse es que los contratos de trabajo sujetos a modalidad necesariamente deben ser celebrados por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en ellos, de forma expresa, su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación.

III. CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

El trabajo a tiempo parcial es una de las formas de contratación laboral atípica. Se caracteriza porque la prestación de servicios se realiza en una jornada de trabajo inferior a la ordinaria del centro de trabajo, pudiendo realizarse en ciertas horas del día, en determinados días de la semana, en determinadas semanas del mes o en algunos meses del año; sin embargo, la normativa, doctrina y jurisprudencia

nacional considera como Contrato a Tiempo Parcial a aquel que tiene una jornada de trabajo inferior a cuatro (4) horas diarias en promedio semanalmente[1].

En el contrato deberán figurar el número de horas habituales de trabajo al día, semana, mes o año contratadas y su distribución. De no tomar en consideración dichas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, a menos que se pruebe lo contrario, acreditando el carácter parcial de los servicios.

Existen diferentes normas de nacionales e internacionales que nos proporcionan conceptos sobre la contratación a tiempo parcial:

- El trabajador a tiempo parcial como "un empleado cuyas horas de trabajo habituales son menos que las de un empleado comparable a tiempo completo"[2].

- Trabajador a tiempo parcial es aquel "cuyas horas de trabajo habituales, calculadas sobre una base semanal o sobre un periodo de cómputo de hasta un año, son menos que las de un empleado comparable a tiempo completo"[3].

Es importante resaltar, que la Organización Internacional del Trabajo - OIT, se ha ocupado sobre el trabajo a tiempo parcial en el Convenio Nº 175 de 1994, así como en la Recomendación Nº 182 del mismo año, donde proceden a definir al trabajador a tiempo parcial como: "todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable" (art. 1, letra a) del Convenio). Asimismo, la letra b) de la misma disposición establece que: "la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un periodo de empleo determinado". Por su parte, la letra c) considera como "trabajador a tiempo completo en situación comparable al trabajador a tiempo completo que i) tenga el mismo tipo de relación laboral, ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o profesión idéntico o similar, y iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa, o cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad". En ese contexto, el Convenio

(1) La obtención de dicho promedio, resulta de la división del número semanal de horas de trabajo entre 5 o 6 días, según corresponda.

(2) La Convención sobre el Trabajo a Tiempo Parcial de la OIT (1994, N° 175).

(3) Acuerdo Marco sobre Tiempo de Trabajo, implementado en la Directiva del Consejo de la UE 97/81/EC del 15 de diciembre de 1997.

"no considera como trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales" (art. 1, letra d).

No obstante lo anterior, se debe tener en cuente que esta modalidad debe ser utilizada solo para aquellos casos en los cuales se pueda demostrar, efectivamente, que el trabajador no ha sobrepasado la mencionada cantidad de horas, no siendo aplicable para aquellos trabajadores sobre los cuales no se tenga control sobre su horario, al efectuar labores sin fiscalización inmediata. Además, debe tenerse en claro también que los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias.

IV. DERECHOS Y BENEFICIOS DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

Consideramos que los trabajadores contratados a tiempo parcial, no cuentan con una legislación propia que regule sus beneficios sociales, motivo por el cual se debe recurrir a la normativa del régimen común, a efectos de determinar cuándo les corresponde o no el pago de tales derechos.

Al respecto, se puede concluir que "los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales para cuya percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor. Se considera cumplido este requisito en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5), según corresponda, resulte en promedio no menor de 4 horas diarias"[(4)].

En tal sentido, dichos trabajadores no tendrán derecho a la Compensación por Tiempo de Servicios - CTS, así como tampoco tendrán protección contra el despido arbitrario, es decir, no tendrán estabilidad laboral. En referencia a las vacaciones, según la normativa laboral peruana, los trabajadores no tendrían dicho derecho, sin embargo, el Convenio de la OIT Nº 52 (aprobado por Perú), si debería gozar de siete (7) días naturales de vacaciones al año, toda vez que la norma le es más favorable al trabajador.

(4) EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE. *Compendio de Derecho Laboral peruano*. 5ª ed., Editorial Tinco S.A., Lima, 2013, p. 353.

A manera de proceder a detallar de una forma más específica lo expresado en el párrafo anterior, pasaremos a detallar los beneficios que podrían o no corresponderles a los trabajadores, en el siguiente cuadro:

BENEFICIOS DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL	
REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL	PROPORCIONAL[a]
DESCANSO SEMANAL	SÍ
PROTECCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA	SÍ
COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS	NO[b]
VACACIONES	DOS POSTURAS: NO[c] O 7 DÍAS POR AÑO TRABAJADO[d].
GRATIFICACIONES DE FIESTAS PATRIAS Y NAVIDAD	SÍ[e]
PARTICIPACIÓN EN LAS UTILIDADES	SÍ[f]
ASIGNACIÓN FAMILIAR	SÍ[g]
SEGURO DE VIDA	SÍ
SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD	SÍ[h]
SISTEMA PENSIONARIO	SÍ
INDEMNIZACIÓN POR RESOLUCIÓN DE CONTRATO A PLAZO FIJO	NO
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO[i]	NO

(a) Cuando por la naturaleza del trabajo o convenio, el servidor labore menos de cuatro horas diarias, percibirá el equivalente de la parte proporcional de la RMV, tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios.

(b) El artículo 4 del Decreto Supremo Nº 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, establece que tienen derecho a este beneficio los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas, con lo cual el empleador no tiene obligación de pagar dicho beneficio a los trabajadores con contrato a tiempo parcial cuya jornada es inferior a las cuatro horas diarias.

(c) El artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 713, Ley que regula los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, establece que tiene derecho al descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, con lo cual el empleador tampoco tendrá la obligación de pagar este beneficio a los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

(d) A pesar de que el artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 713, Ley que regula los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, establece que tiene derecho al descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada mínima de cuatro horas, esta norma entra en conflicto con el Convenio Nº 52 de la OIT, por la cual debe entenderse que bajo esta modalidad de contratación deben otorgarse 7 días calendario de vacaciones por año laborado. Debe seguirse lo establecido en el Convenio por ser una norma internacional que sirve de interpretación para un derecho fundamental.

(e) La Ley Nº 27735 y su Reglamento señalan expresamente que este beneficio social es de aplicación para cualquier modalidad de contrato de trabajo y el tiempo de prestación de servicios del trabajador. En consecuencias, el empleador estará obligado a pagar este beneficio a los trabajadores a tiempo parcial, porque sus disposiciones legales no los excluyen.

(f) El Decreto Legislativo Nº 892 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 009-98-TR, incluyen expresamente a los trabajadores a tiempo parcial para la participación de utilidades en forma

proporcional a la jornada que laboran. En ese sentido, el empleador también estará obligado al pago de este beneficio a los trabajadores a tiempo parcial, en función de los días efectivamente laborados y las remuneraciones percibidas en el ejercicio tributario que corresponda.

(g) La asignación familiar es entregada a los trabajadores que acrediten tener bajo su cargo uno o más hijos menores de dieciocho años, sin exigirse un mínimo de horas laboradas diarias. Mediante la Ley Nº 25129 (06/12/1989) se regula el beneficio de la asignación familiar, el cual equivale al 10 % de la RMV.

(h) Los aportes a la Seguridad Social en Salud son efectuados por el empleador por un monto equivalente al 9 % de la RMV. El aporte a EsSalud por los trabajadores en actividad, no puede ser menor a RMV vigente, teniendo como única excepción los casos en que se tenga días de subsidio (el aporte se efectúa proporcionalmente a los días no subsidiados del correspondiente mes).

Por lo tanto, el trabajador a tiempo parcial recibe como aporte de EsSalud el monto calculado como mínimo con la RMV vigente.

(i) El artículo 22, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que solo procede el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, siempre que labore cuatro o más horas diarias, siendo indispensable que exista causa justificada debidamente comprobada.

Asimismo, para tener derecho a la indemnización por despido arbitrario se debe contar por lo menos con más de 4 horas de labor o que el resultado del promedio de la jornada semanal del trabajador dividida entre 5 o 6 (según corresponda) resulte un número igual o mayor a 4, de acuerdo con el artículo 12 del D.S. Nº 001-96-TR (26/01/1996).

V. VENTAJAS E INCONVENIENTES

Respecto a las ventajas que vemos en la contratación a tiempo parcial, es que por ejemplo, permite a las personas que trabajan y estudian, tener tiempo para realizar ambas actividades.

También beneficia a las madres y padres que desean trabajar, pero que al mismo tiempo desean cuidar de sus hijos.

Otra ventaja, es que puede ser parcial e indefinido, lo cual, da una cierta estabilidad laboral y libertad para hacer otras tareas.

Dentro de los inconvenientes, encontramos que nunca se llega a cobrar la totalidad de la jornada laboral, no otorga el derecho a la Compensación por Tiempo de Servicios - CTS, así como tampoco se tiene protección contra el despido arbitrario, es decir, no existe estabilidad laboral.

VI. TIPOS DE CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

1. Contrato a tiempo parcial continuado y no continuado

El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial Continuado, es aquel que cumple una jornada diaria, donde los trabajadores laboraran cinco (5) días a la semana y

los obreros seis (6). Los días de jornadas a tiempo reducido o los días que se unen las jornadas completas con las reducidas, nos hace encontrarnos de frente a una continuidad.

Respecto a Contrato Parcial No Continuado, entendemos que es el que se presta solo en algunos días laborables. Es decir, a los días trabajados le siguen algunos días de inactividad. Hay una alternancia de días laborables trabajados y los no trabajados. También "se pueden cumplir jornadas diarias de tiempo completo, pero que al efectuarse la comparación en el módulo de días el contrato deviene en uno de tiempo parcial"(5).

2. Contrato a tiempo parcial temporal

Encontramos que el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral detalla que "el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad". Sin embargo, en el tercer párrafo del mismo artículo se advierte que "también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".

Por lo tanto y tomando lo detallado en la letra a. anterior, los contratos temporales a tiempo parcial pueden ser de naturaleza continuada (se trabaja todos los días laborales, pero con jornada diaria reducida) o no continuada (no se trabaja todos los días laborables existentes en el arco temporal fijado en el propio contrato).

3. Contrato a tiempo parcial indefinido

Los contratos a tiempo parcial indefinido pueden ser, básicamente, de dos tipos: continuados y no continuados.

Los continuados, se ejecutarán todos los días laborables de manera indefinida, debiendo haber un número de horas trabajadas al día inferior a la jornada habitual u ordinaria de la empresa. En efecto, si todos trabajan ocho (8) horas diarias, cualquier jornada inferior a la misma se considerará trabajo a tiempo parcial.

Los no continuados, no se ejecutarán todos los días laborables, por lo que pueden ser confundidos los contratos intermitentes o de temporada (artículos 64 y 67 de la LPCL).

(5) En: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_27/doc_boletin_27_01.pdf> (artículo, ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *El Contrato a Tiempo Parcial en su laberinto normativo*, p. 9).

En la hipótesis antes señalada, estaría excluido un contrato que alterne días de trabajo y días de inactividad sin sustentar su necesidad en la naturaleza discontinua de la actividad.

VII. FORMALIDADES

Dentro de las formalidades de la contratación a tiempo parcial, encontramos que:

- El contrato a tiempo parcial debe ser celebrado por escrito.
- Debe ser puesto en conocimiento para su registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo - AAT, en el término de quince días naturales de su suscripción.

El registro ante la AAT no requiere el pago de tasa alguna, solo exige que la presentación sea vía web (dispuesto por Decreto Supremo Nº 018-2007-TR). De presentarse de manera extemporánea, el trámite tendrá un costo correspondiente al 0,88 % UIT.

VIII. DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Es primordial tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, toda vez que si los hechos no corresponden con los documentos, prevalecerán los hechos.

Si en el caso que un trabajador a tiempo parcial labora cuatro (4) o un número mayor de horas al día, significa que el contrato se ha desnaturalizado, puesto que se está incumpliendo con la esencia del contrato a tiempo parcial que implica una labor diaria menor a cuatro (4) horas. Dicha desnaturalización haría que el contrato a tiempo parcial se transforme en un contrato a jornada ordinaria.

Como podemos observar, en este caso se estaría dando una simulación, dado que se busca esconder una jornada que supera las cuatro (4) horas diarias, por lo que dicho trabajador tendría derecho a percibir los beneficios sociales y la remuneración que corresponde a un trabajador que sobrepasa la jornada de las cuatro (4) horas.

En el caso que el contrato a tiempo parcial no se celebre por escrito, nos encontraremos frente a una desnaturalización, toda vez que el artículo 13 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, detalla que "el contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción". Por lo tanto, de incumplirse con celebrar el contrato por escrito, el trabajador afectado pasara a recibir los beneficios sociales que le corresponde a un trabajador que supera tal parámetro, aunque en función de la remuneración que viene percibiendo en tanto la jornada sigue siendo parcial.

Asimismo, en el caso de que el trabajador a tiempo parcial, incurra en horas extras permitidas por el empleador, se estaría provocando una práctica indiscriminada de la labor en sobretiempo sin que ello permita la obtención de los beneficios que corresponden a un trabajador que supera la jornada diaria de cuatro (4) horas. Lo que se recomendaría es que se realice una política de trabajadores a tiempo parcial, donde se proceda a prohibir expresamente la realización de dicho sobretiempo, con el fin de que no se malinterprete a futuro.

IX. OTROS CUMPLIMIENTOS DEL EMPLEADOR

El empleador deberá cumplir de igual forma con el resto de derechos y obligaciones propias de cualquier relación de trabajo:

- Registro y control de asistencia.
- T-Registro y planilla electrónica.
- Boletas de pago.
- Documentos que se dan al momento del cese: certificado de trabajo, certificado de rentas y retenciones de quinta categoría, certificado de aportes al sistema pensionario.
- Derechos y obligaciones propios de la seguridad y salud en el trabajo.
- Protección contra la discriminación y hostigamiento sexual.
- Licencia por paternidad.

- Asegurado regular de los regímenes de seguridad y previsión social.
- Descanso semanal obligatorio y días feriados no laborables.
- Derechos colectivos de trabajo.
- Pasibles de ser calificados como trabajadores de dirección o confianza.

X. A MODO DE BALANCE Y CONCLUSIÓN

1. El contrato a tiempo parcial es el acuerdo celebrado entre empleador y trabajador a efectos de que este último desarrolle las labores para las cuales ha sido contratado, en una jornada de trabajo inferior a las cuatro horas diarias en promedio durante la semana, pudiendo tener diariamente jornadas de cuatro o más horas, pero que promediadas a la semana no excedan las cuatro horas diarias. Para obtener el promedio referido, debe dividirse el número semanal de horas de trabajo entre cinco (5) o seis (6) días, según corresponda a la jornada semanal ordinaria de la empresa.

2. Dada su esencia, estos se encuentran sujetos a una jornada específica, la misma que no podría extenderse más allá de las horas pactadas entre las partes; lo contrario, implicaría la desnaturalización del contrato a tiempo parcial. En ese sentido, es necesario que que se proceda a controlar efectivamente el número de horas laboradas a la semana, razón por la cual, se deberá llevar un atento y estricto control del registro de entrada y salida de los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

3. El contrato a tiempo parcial puede ser celebrado a plazo indefinido o plazo fijo (sujeto a modalidad), debiendo constar necesariamente por escrito, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo. Asimismo, constituye un requisito formal de este contrato, su registro ante el Ministerio de Trabajo dentro de los quince (15) días naturales de su suscripción. El registro se realiza vía internet, a través de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

4. Nuestra legislación no ha previsto límites en cuanto a las labores que pueden ser cubiertas a través de este contrato, por lo que puede emplearse para

la cobertura de todo tipo de tareas, sean ordinarias o complementarias, permanentes o temporales.

5. De acuerdo al ordenamiento laboral vigente, los trabajadores con contrato a tiempo parcial tienen derecho a todos los beneficios laborales para los que no se exija una jornada mínima de cuatro horas diarias en promedio. En esa línea, no tendrán derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios, así como tampoco gozarán de protección contra el despido arbitrario.

6. Según lo establecido en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de CTS, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-97-TR, solo están comprendidos en este beneficio, los trabajadores del régimen privado que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas.

7. En esa misma línea, el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, exige la configuración de una causa justa para proceder al despido solo en caso de que el trabajador labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador. Esto último implica, que el empleador no se encuentra obligado a pagar una indemnización por despido arbitrario a favor del trabajador a tiempo parcial, cuando decida extinguir el vínculo laboral de modo unilateral y sin expresión de causa.

8. Por su parte, los trabajadores contratados bajo una jornada a tiempo parcial sí tendrán derecho a percibir las gratificaciones legales por Fiestas Patrias y Navidad, utilidades (de ser el caso), póliza de seguro de vida ley (al cumplir cuatro años de servicios a favor del mismo empleador) y asignación familiar.

9. Respecto al descanso vacacional es necesario efectuar algunas precisiones. Según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 012-92-TR, Reglamento de la Ley Sobre Descansos Remunerados, solo tienen derecho al descanso vacacional los trabajadores que laboren como mínimo cuatro horas diarias en promedio. Conforme a esta norma, el trabajador a tiempo parcial no tiene derecho a vacaciones. Sin embargo, el artículo 25 de la Constitución Política otorga el derecho a vacaciones sin distinción alguna. De igual modo, el Convenio Nº 52 de la Organización Internacional de Trabajo (ratificado por el Perú), establece que todo trabajador tiene derecho

a vacaciones anuales pagadas de siete (7) días por lo menos, después de un año de servicio continuo.

En ese sentido, aun cuando nuestra legislación determine que los trabajadores a tiempo parcial no tienen derecho a vacaciones, por mandato constitucional e internacional, el trabajador a tiempo parcial sí tendría derecho, por lo menos, a siete (7) días de vacaciones anuales una vez cumplido el récord vacacional.

APUNTES SOBRE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN Y EL PETITORIO IMPLICÍTO EN EL PROCESO ABREVIADO

MARTÍN FAJARDO MORI[1] [2]

I. LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA Y LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

El despido es, qué duda cabe, una de las instituciones más sensibles del Derecho del Trabajo, pues no solo plantea tradicionales problemas técnicos y prácticos, sino que además, en tanto implica la pérdida del empleo de un trabajador, conlleva hondas repercusiones personales, familiares, sociales y económicas. La realidad hace palpable esta disyuntiva, puesto que aún en nuestros días resulta ser uno de las instituciones más trascendentales del Derecho del Trabajo y donde con más nitidez se aprecian los cambios normativos.

La mejor prueba de ello lo constituye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual viene rearmando el modelo sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo.

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUPC). Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUPC. Título de Segunda Especialidad en Procesal Laboral por la PUPC. Curso Avanzado en Derecho del Trabajo para Postgraduados por la Universidad de Sevilla. Egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUPC. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(2) Especial agradecimiento al Dr. Giovanni Priori por su amistad y por su ayuda en la elaboración del presente artículo.

Es en este contexto que, la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, como instrumento al servicio de los particulares para evitar efectivamente la lesión o insatisfacción de sus intereses, de manera justa, armonizando los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales[3], ha reconocido la relevancia del remedio restitutorio contra el despido injustificado[4] y, en consecuencia, ha establecido una forma típica tutela sumaria para que el trabajador pretenda su reposición en caso el mismo califique como nulo[5] (remedio legal o remedio constitucional).

En este contexto, el artículo 2.2. de la NLPT dispone que los juzgados especializados de trabajo conocen, entre otros, "en proceso abrevado laboral, de la reposición cuando esta sea planteada como pretensión principal única".

Como se puede apreciar, el ámbito de operatividad de esta tutela sumaria se encuentra limitado a la protección de un derecho específico, el Derecho del Trabajo, a un acto en concreto, el despido, y a un remedio determinado, el restitutorio. En sentido inversa, esta tutela jurisdiccional diferenciada no abarca a los conflictos que pueden presentarse al inicio y durante la vigencia del contrato de trabajo, ni a aquellas obligaciones que pudieran quedar en vigor o pendientes de cumplimiento tras su resolución.

Esta habría sido incluso originalmente la posición de la Corte Suprema de la República al señalar que no proceden las "pretensiones implícitas" por el carácter célere del proceso abreviado laboral, debiendo por lo tanto, el juez verificar

(3) "La situación antes descrita ha comenzado a sufrir un cambio radical, pues la doctrina procesal de fines del siglo XX comenzó a buscar una reconciliación entre el desarrollo de los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales a través de la noción de 'tutela jurisdiccional efectiva', sin abandonar, claro está, uno de los más grandes logros de la disciplina procesal: la concepción del derecho de acción como derecho autónomo y, si no perdemos la real dimensión de las cosas, como abstracto". PRIORI POSADA, Giovanni F. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reinvindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas.* Nº 26, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 277-278.

(4) "Debe resaltar la preferencia que brinda la NLPT a la reposición del trabajador, debido a que se trata de una protección contra la afectación de determinados derechos que son afectados a través del despido del trabajador. De esta manera, se privilegia su celeridad siendo ventilados vía proceso abreviado laboral, que cuenta solo con una audiencia única. Es decir, un proceso hecho a la medida de la urgencia de la exigibilidad del derecho, que verdaderamente asegure su adecuada tutela". TOYAMA MIYSAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis Normativo.* 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 71.

(5) Compartimos la opinión del profesor Carlos Blancas respecto a que al admitirse la posibilidad de demandar vía procesal ordinaria la reposición alegando la existencia de un despido incausado o fraudulento, se produce, por vía jurisprudencial, la ampliación de la figura del despido calificado legalmente como nulo. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Reposición del Trabajador en el Proceso Ordinario Laboral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Nº 167, Gaceta Jurídica, Lima, p. 26.

que no existe duda de la "laboralidad de los servicios del demandante" (Casación Lab. Nº 3311-2011-Tacna, del 11 de julio de 2012).

A pesar de ello, en la práctica judicial surgió una corriente que procuraba incorporar en esta forma típica de tutela sumaria un tema adicional, no previsto legalmente, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición: la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad o el reconocimiento de la relación de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad.

A tenor de esto último, el punto de atención se concentró en el denominado petitorio implícito, el cual caló tanto en un sector de la doctrina nacional(6) como, finalmente, en los tribunales de trabajo, llegando incluso a ser uno de los temas del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral(7).

Estas propuestas que se han publicado como respuesta actual a la situación del mercado de trabajo nos motivan a analizar su viabilidad en el proceso abreviado laboral. Y, para ello, resulta lógico tener que estudiar previamente la tutela sumaria en general por ser este una de sus manifestaciones.

Después de todo, un adecuado estudio de las instituciones del proceso laboral debe tener como punto de partida que aquellas son instituciones procesales, siendo por ello que para su estudio primero debe conocerse lo que el derecho procesal estudia respecto de cada una de ellas, con el propósito de comprender luego sus particularidades(8).

(6) Por todos, véase: TOLEDO TORIBIO, Omar. "El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilidad en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo*. 1ª ed., Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Trabajo. Editorial El Búho, Lima, 2014, pp. 301-325.

(7) Este mismo tema también fue abordado en el tema Nº 1 del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral - NLPT, llevado a cabo en Lima los días 13 y 14 de setiembre de 2013, adoptando por mayoría la decisión que "en virtud del principio tuitivo" y de la "prevalencia de las actuaciones orales sobre escritas", debe ser objeto de pronunciamiento el "petitorio implícito", garantizando el derecho de defensa de la demandada.

(8) "(…) son frecuentes en las normas que lo regulan remisiones directas a requisitos que deben reunir otras modalidades procesales, vertebrándose a su través el esquema nuclear al que se han de ajustar aquellas.

Desde otro punto de vista, el proceso laboral constituye un proceso civil especial en relación con el ordinario y común de la LEC, que responde en esencia a las reglas propias del juicio verbal recogido en dicha Ley, con la que sin embargo se coloca en una relación dialéctica en la medida en que, justamente, el proceso de trabajo 'es directa consecuencia de la inadaptación del proceso civil común para resolver adecuadamente los litigios de trabajo' (Rodríguez-Piñero, 1969, p. 22). Se caracteriza por ser 'un medio ágil, rápido, formalista en lo imprescindible y que facilita el acceso a la prestación jurisdiccional' (Valdés, 1989, p. 18), concebido tendencialmente en función de 'la búsqueda de la verdad material como objetivo central' del mismo (Rodríguez-Piñero, 1969, pp. 76-77)". BAYLÓS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 114.

Como ya se adelantó, el proceso no es un fin por sí y para sí, sino que constituye un instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales. Así las cosas, para que el medio sea el adecuado para alcanzar el resultado surge el instituto de la tutela jurisdiccional diferenciada, la cual, en contraposición con la tutela jurisdiccional de cognición plena[9], responde con mayor eficiencia a la exigencia que reclaman los ciudadanos, en salvaguarda de cada situación en particular.

Es por esta razón que los profesores Monroy Gálvez y Monroy Palacios explican el fenómeno de la tutela jurisdiccional diferenciada en los siguientes términos: "Una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada"[10].

Ergo, se justifica una tutela sumaria que responda a exigencias específicas de tutela de derechos, que conllevan a que el proceso tenga una utilidad práctica equivalente (si no idéntica) a aquellos que se podrían obtener a través de un proceso ordinario o de cognición plena y exhaustiva.

De ahí precisamente que la decisión que adopte el juez sea idónea, toda vez que solo está en inferioridad respecto a las garantías procesales, no necesariamente a la calidad de cognición o de razonamiento lógico-jurídico. Es por ello que, el legislador no solo debe tipificar este mecanismo para tutelar un determinado derecho material amenazado o lesionado (acceso a un órgano jurisdiccional), sino que además debe prever reglas o formalidades simplificadas que aceleren la intervención judicial pero sin transgredir el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva (mínimas garantías), pues, finalmente se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución.

(9) Recordemos que el proceso ordinario o de cognición plena se caracteriza por contar con una predeterminación legal de las formas y de los términos, así como de los correspondientes poderes, deberes, facultades procesales de las partes y del juez, en específico, y la realización plena del contradictorio.

(10) MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. "Del mito del proceso ordinario a la tutela judicial diferenciada. Apuntes iniciales". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Nº IV, p. 163.

Es en función de ello que, el profesor italiano Proto Pisani[11] concluye que para no ampliar injustificadamente el ámbito de este "privilegio", transgrediendo con ello el derecho de defensa o de igualdad, la tutela sumaria en general debe respetar tres características funcionales. La primera, la economía procesal, esto es, el sortear el costo del proceso de cognición plena y exhaustiva para dar una efectiva tutela jurisdiccional al derecho material.

La segunda, el evitar que el demandado realice un ejercicio abusivo del derecho de defensa garantizado por las formas del proceso de cognición plena y exhaustiva con un propósito meramente dilatorio.

La tercera, real y verdadera salvaguarda del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todas aquellas situaciones de ventaja, a todos aquellos titulares de derechos, que teniendo contenido y/o función (exclusivamente o prevalentemente) no patrimonial sufrirían un perjuicio irreparable (no susceptible de tutela adecuada en la forma del equivalente monetario) o deberían permanecer en un estado de insatisfacción por todo el tiempo necesario para la emisión de una sentencia al finalizar un proceso de cognición plena y exhaustiva.

Estas sucintas observaciones nos permiten destacar, de un lado, el hecho que el legislador haya puesto énfasis en el ligazón que debe existir entre la dimensión causal del despido y su revisión asignándole una tutela sumaria cuando el mismo implica la vulneración del sistema constitucional de garantías del Derecho al Trabajo, además de palear los efectos negativos de la demora propia de la estructura del proceso mediante la técnica de medidas cautelares[12], pero, de otro lado, conllevan a que la conclusión que la aceptación de la discusión (implícita) sobre la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el proceso abreviado laboral no puede radicar en la económica procesal, la eficacia del proceso y la tutela judicial efectiva.

(11) PROTO PISANI, Andrea. "La tutela sumaria en general". En: *La tutela jurisdiccional*. 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2014, pp. 327-333.

(12) Artículo 55 de la NLPT.- Medida especial de reposición provisional

El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:

a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;

b) Estar gestionando la conformación de una organización sindical; y

c) El fundamento de la demanda es verosímil.

Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia.

Si el proceso abreviado es una variante de la tutela sumaria cognitiva y la razonabilidad de esta última se justifica precisamente en la económica procesal y la tutela jurisdiccional efectiva de específicos derechos no patrimoniales, sería contradictorio afirmar que estos fundamentos permiten ampliar el listado, reducido y cerrado, de derechos para los cuales el legislador habilitó esta tutela jurisdiccional diferenciada.

No son, pues, cualidades fundamentales que, desde una perspectiva técnica, permiten distinguir al proceso abreviado laboral como un instrumento para que se pueda discutir (y el juez deba decidir) sobre la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición cuando esta es planteada como pretensión principal única.

Efectuadas estas observaciones, ahora corresponde examinar si el fundamento del petitorio implícito yace en los elementos identificadores del objeto principal del proceso.

II. LA PRETENSIÓN COMO OBJETO DEL PROCESO

1. Concepto y fundamento

El análisis sobre el petitorio implícito nos lleva necesariamente a hablar del objeto del proceso. Y, hablar del proceso suponer a su vez hablar de la pretensión procesal(13). Nos explicamos.

El objeto u objeto litigioso debe entenderse en estricto como la pretensión, la cual consiste en una declaración de voluntad del actor, debidamente fundamentada, que formaliza en su escrito de demanda y deduce ante el juez, pero que se dirige contra el demandado. Es en virtud de esta última que, en palabras del profesor Vicente Gimeno, "se solicita al órgano jurisdiccional una Sentencia que, en relación con un derecho, bien o situación jurídica, declare o niegue su existencia, cree, modifique o extinga una determinada situación o relación jurídica, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación"(14).

(13) Eventualmente, también podría integrar el objeto del proceso la pretensión del demandado, siempre y cuando no se trate de una reconvención por ser improcedente en el proceso laboral.

(14) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. 1ª reimpresión, Editorial Colex, Madrid, 2005, p. 205.

La utilidad de la determinación del objeto procesal es múltiple. En primer lugar, sirve para fijar ámbito cognoscitivo de la decisión judicial, obligando al juez a ser congruente única y exclusivamente con lo solicitado en la pretensión del actor.

Evidentemente, la naturaleza propia que tiene el proceso laboral habilita al juez en determinados casos a emitir una decisión que contiene una pretensión no demandada (incongruencia *extra petita*) o que conceda o adjudique más de lo que fue pedido (incongruencia *ultra petita*). No obstante, para garantizar el debido proceso de los justiciables, estas excepciones deben sustentarse en una ley y deben tener como límite el ejercicio del derecho de defensa de aquel que pudiera verse afectado con la sentencia(15). No debemos olvidar que la modificación del objeto del proceso puede realizarse, por regla general, únicamente a iniciativa de parte y en los supuestos previstos en la ley.

Desde esta óptica, como bien señalan los profesores Antonio Baylos, Jesús Cruz y María Fernanda Fernández, las sentencias cuyo contenido no respeten el principio-deber de motivación y de congruencia son nulas por vulnerar el derecho fundamental al debido proceso, concretamente al derecho de la defensa, en la medida no se puede contradecir una pretensión que nunca fue planteada(16).

En segundo lugar, luego de ser admitida por el juez la pretensión plasmada en el escrito de demanda surgirán los efectos típicos de la litispendencia y, además, determinará los límites subjetivos y objetivos de la sentencia con autoridad con cosa juzgada.

En tercer lugar, la naturaleza de la pretensión permitirá establecer la adecuación del procedimiento que ha de instaurarse para que esta pueda recibir satisfacción judicial. En el caso analizado, el proceso abreviado laboral como la vía procesal adecuada para la tutela restitutoria del Derecho del Trabajo en caso de su vulneración debido a un despido injustificado.

(15) Es cierto que algunos autores, como el profesor Mario Pasco, sostienen que son los principios o los "valores sociales, jurídicos, éticos y procesales", etc., los que le otorgan esta "facultad" al juez laboral. No obstante, nos parece que al encontrarse el otorgamiento y el monto de los beneficios económicos tasados por una norma jurídica, estos no son una facultad del juzgador –que implicaría que el juez puede discrecionalmente usarla o no– ni puede recurrirse a principios para la concesión de aquellas percepciones directamente vinculadas con los beneficios económicos pretendidos en la demanda. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., AELE, Lima, 1997, pp. 55-59.

(16) BAYLÓS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda. Ob. cit., pp. 183-188.

En cuarto lugar, esta misma naturaleza permitirá determinar su compatibilidad con otras pretensiones, a fin de conocer si es viable la acumulación de pretensiones originarias o acumulación sucesiva de pretensiones.

Recordemos que el proceso abreviado laboral solo está habilitado cuando la reposición se plantea como pretensión principal única, siendo por ello que esta forma típica de tutela sumaria debe ser rechazada cuando exista una acumulación autónoma de pretensiones. Es decir, cuando se proponga, además de la reposición, otra pretensión en el mismo nivel de solución por parte del juez de forma tal que, aunque se trate de pretensiones conexas, la suerte de una de ellas es independiente y autónoma respecto de la suerte de las demás. Por ejemplo, una pretensión declarativa (existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado).

En quinto lugar, y esto es importante debido al modelo prevalentemente oral previsto en la NLPT, la fijación de la pretensión permite controlar que a lo largo del proceso no se produzca una modificación sustantiva del objeto procesal[17].

2. Elementos de la pretensión y clases

Dado que la pretensión procesal es "la petición de una determinada consecuencia jurídica dirigida al órgano jurisdiccional frente a otra persona, fundamentada en unos hechos de la vida que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica de la cual se hace derivar la consecuencia pretendida"[18], podemos señalar que sus elementos son tres[19]:

2.1. Los sujetos

> Lo que se pide ha de relacionarse con la persona o personas que piden (demandantes o actores), y la persona o personas respecto de las cuales se pide (demandados), es decir, los sujetos jurídicos a los que gravaría la sentencia pretendida. Ergo, debe identificarse no solo a los sujetos por su nombre, sino, además, por su posición procesal.

(17) Esta barrera preclusiva es la principal razón por la cual discrepamos con el acuerdo adoptado en mayoría en el tema Nº 3 del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2013, el cual dispuso que "sí es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento, porque en el proceso laboral, las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no afectándose el derecho a la defensa (contradictorio) porque en la misma audiencia el juez como director del proceso, puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia, o suspender la audiencia para tal finalidad y volver a citar a las partes para la continuación correspondiente".

(18) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil*. Parte Primera, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 109.

(19) Es necesario mencionar que parte de la doctrina sostiene que los elementos fundamentales de la pretensión son solo dos: el *petitum* y la *causa petendi*.

De ahí precisamente que el profesor español Andrés De La Oliva señale que "el objeto del proceso se precisa o concreta también, por tanto, determinando los sujetos jurídicos que solicitan una tutela jurisdiccional y aquellos frente a los que la tutela se pide"[20].

2.2. El *petitum* u objeto de la pretensión

Es el pedido concreto de tutela jurisdiccional que se plantea en ejercicio del derecho de acción[21]. Así la cosa, la reposición es la providencia jurisdiccional solicitada por el demandante con el ejercicio de su derecho de tutela del Derecho del Trabajo. El *petitum* puede ser[22]:

i) Inmediato: atiende a la actuación jurisdiccional específica que se plantea con el ejercicio del derecho de acción, es decir, a la forma concreta de tutela jurisdiccional solicitada al juez, la misma que se puede clasificar en las siguientes subclases: de condena, de mera declaración o de constitución.

ii) Mediato: atiende a un bien jurídico al que se refiere la tutela judicial al caso concreto, dado que esta no se pide ni puede prestarse sola, en el vacío. Por ello, en el caso de pretensiones de condena está constituido por el bien o conducta respecto del cual se pide actuación jurisdiccional. En cambio, en el caso de las pretensiones declarativas o constitutivas el pedido mediato es la situación o relación jurídica respecto de la cual debe recaer la tutela jurisdiccional.

2.3. La *causa petendi*

Se encuentra conformada por los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión. Sin embargo, algunos autores[23] son de la opinión que solo los fundamentos de hecho,

(20) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. 1ª ed., Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2005, p. 50.

(21) Para otros autores, el *petitum* es el efecto jurídico buscado por el demandante con la formulación de su pretensión.

(22) MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 151-153.

(23) Ibídem, pp. 154-155. Asimismo, ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 2ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 279-280.

> basados en los hechos jurídicamente relevantes, constituyen la *causa petendi*, mas no así los fundamentos de derecho, toda vez que el juez por el principio del *iura novit curia* se encuentra obligado a aplicar la norma jurídica al caso concreto.

Así entendida, la pretensión se encontraría constituida fundamentalmente por la tutela jurisdiccional que solicita el trabajador respecto del bien jurídico Derecho del Trabajo, la cual es dirigida contra su empleador, y los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta su pedido concreto de reposición(24).

Esta concepción clásica de los elementos de la pretensión procesal solo reafirmaría que el desgarro entre la readmisión y la declaración de una relación de trabajo a plazo indeterminado se basaría en el hecho de que la ley únicamente habilita el tránsito por el proceso abreviado laboral cuando la reposición se formula como pretensión principal única.

Parecería pertenecer al terreno de lo evidente que ni los principios procesales (o procedimentales) ni los fundamentos reconocidos en la NLPT sirven para justificar un debate distinto a la validez o no del despido como decisión unilateral del poder privado del empleador en el proceso abreviado laboral. Tampoco puede alegarse que estamos ante un supuesto de flexibilidad del principio de congruencia porque no existe norma legal que lo avale.

Pero, un análisis más profundo de la *causa petendi* nos puede dar más luces al respecto. En efecto, la doctrina moderna(25) afirma que los elementos que identifican el fundamento de la pretensión son:

i) La afirmación de la existencia de una relación jurídica.

(24) Bajo esta premisa, resulta erróneo el empleo por parte de la Corte Suprema de la República del término "pretensión implícita", puesto que por definición una "pretensión" conlleva un pedido expreso y concreto de determinado efecto jurídico.

(25) "Da tempo si è precisato che la causa petendi non può coincidere con la norma di legge invocata dalla parte in giudizio, posto che la domanda s'individua e s'identifica mediante gli elementi di fatto che hanno concretizzato la volontà della legge e non attraverso un'astratta norma positiva, con il corollario che il semplice mutamento del punto di vista giuridico (cioè l'invocazione di una diversa norma, nel caso in cui la fattispecie possa ricadere sotto differenti prevision di legge) non importa diversità di azioni.

Le incertezze, al contrario, discendono dalla di rapportare la causa petendi ad una serie di elementi, tutti quanti allo stesso modo identificanti: a) l'affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico; b) l'affermazione dell'esistenza del singolo fatto che, nell'ambito di quel rapporto giuridico, fa nascere il particolare diritto fatto valere; c) l'affermazione dell'esistenza del fatto da cui sorge l'interesse ad agire. Questi elementi debbono essere tutti affermati e provati dall'attore". GIORGETTI, Mariacarla. Il Principio Di Variabilità Nell'oggetto Del Guidizio. Biblioteca di Diritto Processuale Civile Nº 39, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 8.

ii) La afirmación de la existencia del hecho que, en el contexto de la relación jurídica, da lugar al derecho en cuestión.

iii) La afirmación de que de la existencia del hecho surge un interés por la providencia judicial.

Ciertamente, todos estos elementos deben ser establecidos y probados por el demandante.

De este modo, se configurará la *causa petendi* del pedido de reposición cuando el trabajador afirme (y pruebe) que la relación jurídica se soportó en un contrato de trabajo de duración indeterminada y, en consecuencia, que el empleador no lo resolvió a consecuencia de una causa justa relacionada con su conducta, su capacidad o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Si se es consecuente con una orientación que enfatiza al proceso como una garantía necesaria del trabajador que responde ante el despido injustificado que vulnera derechos fundamentales(26), no basta que el mismo impugne la decisión unilateral del empleador de resolver el contrato de trabajo, sino que es necesario que previamente el juez se pronuncie sobre la existencia y/o el plazo de duración del mismo para poder decidir sobre la pretensión de reposición.

Si existe esta dependencia lógica de necesidad resulta evidente que existe una relación de requisito previo de tal naturaleza que el pronunciamiento sobre la existencia en los hechos de una relación de trabajo a plazo indeterminado es susceptible de influir sobre la decisión sobre la pretensión de reposición planteada y, en consecuencia, sobre el interés por la providencia judicial.

Es, pues, esta discusión previa y necesaria, no planteada expresamente, la que determinaría fundamentalmente que se mantenga habilitada esta tutela jurisdiccional diferenciada.

(26) Similar posición es sostenida por los profesores españoles BayloS & Pérez al señalar que el despido tiene que contemplarse como un acto de fuerza que ocurre en la organización productiva y al que prestan su potencia la dogmática contractual y económica, siendo por ello que se ha visto sometida a la civilización democrática en los Estados sociales, a través de una racionalización del mismo, procedimentalizándolo y formalizando, evitando con ello que se convierta en pura arbitrariedad. Esta compensación democrática del ejercicio de la autoridad del poder es mayor si existe una fuerte organización colectiva de trabajadores y una relativa autonomía política respecto del mercado y de la empresa". BAYLOS, Antonio & PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o violencia del poder privado*. 2ª ed., Editorial Trotta, 2009, pp. 44-50.

Nótese, además, que al existir una presunción de laboralidad[27], recae sobre el empleador el probar que el demandante es un trabajador autónomo o que el contrato de trabajo sujeto a modalidad cumple con los requisitos sustanciales y formales de validez, entre otros. Es por ello que no habría ninguna "sobrecarga" probatoria.

III. EL LÍMITE DEL PETITORIO IMPLÍCITO

A fin de no afectar de forma sustancial el derecho a la tutela judicial efectiva, resulta indispensable que de la pretensión principal única se desprendan hechos claros y concretos respecto al petitorio implícito. Por el contrario, si durante la Audiencia Única el juez observa que el tema resulta complejo, deberá declarar, en resolución motivada, improcedente la demanda[28].

Por ello, corresponde al juez realizar un análisis de los elementos de la pretensión de reposición formulada por el demandante y, por ende, de la necesidad de decidir previamente sobre la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, siempre y cuando la complejidad de este último no desnaturalice la finalidad del proceso abreviado laboral ni afecte el derecho de defensa del demandado.

IV. CONCLUSIONES

El proceso abreviado laboral es una forma típica de tutela sumaria y tiene por finalidad ser un instrumento para tutelar efectivamente determinados derechos.

Esta tutela jurisdiccional diferenciada es un "privilegio" que otorga el legislador y, por ende, no puede ser ampliado.

El petitorio implícito constituiría un supuesto excepcional que se sustentaría fundamentalmente en el hecho de ser, de un lado, parte de la *causa petendi* de la pretensión de reposición y, de otro lado, una discusión previa y necesaria, no

(27) Véase: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La presunción de laboralidad y la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales.* Nº 36, Lima, 2011, pp. 45-52.

(28) PROTO PISANI, Andrea. "De los ritos especiales a la diferenciación del rito ordinario". En: *La tutela jurisdiccional.* 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2014, p. 289.

planteada expresamente, para decidir sobre esta pretensión principal única. Todas las demás razones serían complementarias por ser parte inherente del proceso en general o del proceso abreviado en especial.

Si del contradictorio el juez observa que la controversia es compleja deberá excluir la pretensión de procesal de la tutela brindada a través del proceso abreviado laboral por considerar que existe una acumulación autónoma de pretensiones y, en consecuencia, que corresponde transitar por el proceso ordinario laboral para determinar, en primer lugar, la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado y, luego, de ser el caso, dejar sin efecto el despido injustificado.

LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DESPERSONALIZACIÓN DEL EMPLEADOR

ROBERT IRWIN HUANCA CAYLLAHUA[1]

I. GENERALIDADES

En el mundo globalizado actual, se presentan fenómenos económicos diversos y dentro de ellos tenemos la fusión, escisión, absorción, etc., y en algunos casos simplemente se da la sucesión de empresas o un simple cambio de razón social de las empresas; dentro de este fenómeno el trabajador aparentemente se encuentra laborando para distintas empresas; pero, luego del estudio del origen de la empresa (capitales económicos, accionistas o representantes de la empresa, personas que los conducen, la actividad desarrollada, el espacio geográfico del centro de trabajo, entre otros indicios), se trata de la misma. En este contexto el Derecho Laboral amparándose en el principio tuitivo (protector) del trabajador, aplica un principio y tal vez solo de utilización en la rama del Derecho Laboral, denominado **despersonalización del empleador,** habida cuenta de que según este principio la *personalidad*[2] del empleador no es de carácter *intuito personae* o personalísimo con relación al trabajador, sino que puede mutar de una persona a otra sin alterar las obligaciones adquiridas por la primera.

(1) Abogado, actual inspector de Trabajo de la Superintendencia Nacional.

(2) Persona, es el ente apto para ser titular de derechos y deberes; personalidad es la cualidad de ser persona, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Para conocer el principio de Despersonalización del Empleador se debe tomar en cuenta algunos conceptos básicos, a saber:

- Empleador.- Es la personas jurídica o natural que provee o crea un puesto de trabajo. Siendo esto así y tomando en cuenta lo señalado por el proyecto de ley marco del empresariado (publicado el 6 de mayo de 1999 en el diario oficial *El Peruano*), el empleador generalmente es aquel empresario que crea fuentes de trabajo.

- Empresa.- La Real Academia Española define a la empresa como "la entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad".

Al decir de Neyra M. (2005) haciendo referencia a la Ley Marco del Empresariado señala que, la "Empresa es la organización económica dedicada a la producción, transformación o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, socialmente responsable, es decir, que su objetivo y acción no se circunscriben solo a los términos económicos, sino que involucra a la sociedad, su comunidad y su propio entorno. Puede ser organizada por persona natural o jurídica y, en determinadas circunstancias, según la presente ley, realizada y dirigida también, por cónyuges empresarios, uniones de hecho, sucesiones indivisas, sociedades irregulares y contratos asociativo(3)".

Acertadamente el proyecto normativo materia de comentario por la autoriza señalada *supra* coloca un **concepto de empresa**, toda vez que las normas vigentes aún no se ponen de acuerdo en el concepto de empresa. Así tenemos que el Código de Comercio de 1902 no regula a la empresa ni empresario, sino más bien refiere al comercio, actos de comercio y comerciante; como si solo estos hechos serían los determinantes para la marcha de la empresa.

Sin embargo, en buena cuenta la legislación peruana tal vez adelantándose conceptualmente o, mejor, dejando de lado tácitamente lo reglado en el Código de Comercio de 1902; en numerosas legislaciones no refiere sobre el "comercio", sino que regula sobre empresa. Así tenemos leyes que regulan la microempresa y

(3) NEYRA LÚCAR, Melisa Judith. *Comentario a la Ley Marco del Empresariado*. Tesis para optar el título profesional de abogado, Lima, 2005, p. 77.

pequeña empresa o simplemente "empresa no Mype" (micro y pequeña empresa) definiendo y regulando en cada aspecto sus características como el Decreto Legislativo Nº 1086 (Ley de la Pequeña y Micro Empresa); es más caracteriza a cada una de ellas de manera peculiar y los requisitos para ser considerados como tal.

- Persona.- Es el sujeto de derecho, por lo tanto, pasible de adquirir derechos y obligaciones.

- Personalidad.- Es la aptitud para ser sujeto de derecho. Al respecto Carlos Fernández Sessarego(4) señaló que: "La personalidad, (…), es tan solo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar 'manera de ser'. Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta 'personalidad' que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial. Esta visión de la personalidad es compartida por la profesora Vila-Coro cuando define a la personalidad "como la forma de manifestarse la persona ante el Derecho".

- Trabajador.- Es la persona natural que presta sus servicios laborales al empleador (trabajo dependiente o cuenta ajena) y de manera subordinada, remunerada y con carácter personalísimo.

Al respecto el profesor Elmer Arce Ortiz(5) refiere la existencia de dos tipos de trabajo:

1. Trabajo autónomo.

2. Trabajo subordinado.

El Derecho Laboral actualmente regula el trabajo subordinado o por cuenta ajena básicamente. Sin perjuicio del razonamiento precedente con la Ley de Reforma del Sistema Privado Pensiones, Ley Nº 29903. ya se está regulando el

(4) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Persona, personalidad, capacidad, sujeto dederecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XX*. En: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm>.

(5) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafíos y deficiencias*. Palestra, junio de 2008. p. 79 y ss.

trabajo por cuenta propia, cual es de obligar a retener una parte de su retribución económica para un seguro de social de pensiones.

III. LA DESPERSONALIZACIÓN DEL EMPLEADOR

Según la Real Academia Española "Despersonalizar" es "Quitar el carácter o atributos de alguien; hacerle perder la identidad". Por lo tanto, para nosotros "despersonalización del empleador", significa que la empresa o empresario que adquiere, recibe, sucede o utiliza cualquier medio para hacerse acreedor de la totalidad de una segunda empresa lo hace del mismo modo con las obligaciones a favor del trabajador contraídas por la primera empresa, sin opción a desconocer cualquier derecho, y, contrariamente está obligado a reconocer todos los derechos del trabajador en la misma condición en que lo hubiera hecho o estaba "forzado" en hacerlo la empresa primigenia.

En consecuencia, se tiene que los atributos del empleador no son personalísimos o *intuito personae* –como ya se dijo *supra*–, sino que esta puede ser transmitida y otra persona (jurídica o natural) mínimo con las mismas condiciones beneficiosas que el trabajador obtuvo en la primera, luego este último se subroga en lugar del primero todas las obligaciones contraídas a favor del trabajador.

La empresa que se subroga los derechos laborales está impedido de:

1. Someter a periodo de prueba a los trabajadores que ya venían laborando con la empresa anterior, toda vez que el periodo de prueba es para trabajadores nuevos en la empresa, de los que aún no se tiene claro conocimiento sobre sus pericias o aptitudes y actitudes.

2. A desconocer los derechos colectivos ganados con la empresa primigenia. En el supuesto señalado debe continuar aplicándose el convenio colectivo que en el momento de la transmisión estaba vigente en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida; salvo pacto en contrario en el mismo convenio o pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. Esta aplicación se mantiene hasta la expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

3. A desconocer los derechos adquirido sobre condiciones de trabajo con la empresa inicial.

IV. SUCESIÓN DE EMPRESAS Y DESPERSONALIZACIÓN DEL EMPLEADOR

Al respecto, en el Perú no existe una legislación que estipule expresamente este instituto jurídico pero nos queda el Derecho Comparado y existe normativa sobre la materia, nos referimos al Estatuto de los Trabajadores - (ET) vigente en el País Vasco (comunidad Autónoma dentro del Estado español, bajo la denominación de Euskadi o País Vasco). Que en el artículo 44 señala en sus dos primeros apartados: "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, (…) 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".

En el orden de ideas precedentes, en el Perú algunos empresarios cambian permanentemente su razón social (¿tal vez porque tiene origen informal? –será materia de otro estudio–), transmitiendo sus activos a otra empresa ajena o aparentemente ajena. El fenómeno que los motiva puede ser diverso; sin embargo, no importa cuál es el origen ni finalidad, lo que importa es que esa conducta no afecte el derecho de terceros tanto más si se trata del derecho de los trabajadores. Pues bien, de ocurrir ello debemos tomar en cuenta que el cambio de titularidad o la sucesión de empresas lleva consigo el respeto del derecho a la permanencia o estabilidad del trabajador en su empleo; siendo las únicas formas de conclusión del contrato de trabajo por las causales previstas en el artículos 25 del D.S. Nº 003-97-TR Reglamento del TUO del Dec. Leg. Nº 728 o por decisión del mismo trabajador en virtud del ejercicio de su libertad de trabajo.

Asimismo la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia Cas. Lab. Nº 1696-2012-La Libertad ha señalado, en el considerando quinto, lo siguiente: "Así, en virtud del Principio de Despersonalización del Empleador que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado, aun cuando se haya producido una novación subjetiva en la relación laboral por el cambio de empleador ello no extingue el contrato de trabajo, ni lo modifica; por el contrario, importa transferir al adquirente los contratos de trabajo del personal que laboraba en el negocio cedido asumiendo así el nuevo titular todas las obligaciones derivadas del mismo,

aun las generadas en forma retroactiva a la fecha en que asume tal condición"[6]. Como se advierte del razonamiento del órgano jurisdiccional, este principio además está implícito en nuestro ordenamiento y en la Constitución, por lo tanto, debe ser tomado en cuenta al momento de la inspección laboral (por parte de los inspectores de trabajo) y en los pronunciamientos jurisdiccionales.

V. EXCEPCIONES DE LA DESPERSONALIZACIÓN DEL EMPLEADOR

Este principio no será de aplicación cuando:

a) Si el empleador es persona natural, por ejemplo en los trabajadores del hogar, cuando se presta servicios en un hogar familiar y aquella pasa a trabajar en el hogar del hijo de su anterior empleadora; en este supuesto no se despersonalizará porque con la primera habrá terminado su vínculo laboral de pleno derecho, aun cuando la empleadora inicial haya ordenado o participado en la contratación del trabajador por otra persona o familiar.

b) Cuando una empresa o persona adquiere los activos de una empresa deudora para hacerse pago de sus deudas y el primero liquida a sus trabajadores con arreglo a ley.

c) Cuando una empresa se liquida y en un proceso concursal otra empresa adquiere sus patrimonios.

VI. CASOS EN EL QUE OCURRE LA DESPERSONALIZACIÓN O SUBROGACIÓN DEL EMPLEADOR

La despersonalización del empleador se da en los siguientes supuestos:

a) Sucesión de empresas.

b) Cuando existe absorción empresarial.

(6) Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Cas. Lab. Nº 1696-2012-La Libertad. Lima, 11 de marzo de 2013.

c) Cuando existe escisión empresarial.

d) Cuando existe fusión empresarial.

e) Cuando una persona natural constituye una empresa y el trabajador ha laborando para la persona que ha constituido la empresa desarrollando las mismas actividades (ejemplo: una persona natural implementa una zapatería y contrata los servicios de un almacenero, luego como el negocio ha crecido el empresario constituye una empresa y el trabajador sigue laborando como almacenero o es transferido a otra área pero en la misma zapatería).

f) Cuando una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada - E.I.R.L. se liquida y el trabajador sigue laborado para su conductor. Es decir, la conversión de una Empresa E.I.R.L. a un centro de trabajo conducido por persona natural.

g) Cuando existe indicios de que la primera empresa o persona ha transferido el total o gran parte de sus capitales a una segunda empresa.

h) Cuando existe simulación o fraude del titular para el cambio de razón social o conductor del centro de trabajo (El RUC es de un pariente o amigo pero el titular es otro).

VII. LA PRUEBA DE LA DESPERSONALIZACIÓN DEL EMPLEADOR

Conforme señala la Ley Nº 29497 en el artículo 23, se tiene que "la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, (…)", en consecuencia, corresponderá al demandante probar cualquier indicio de despersonalización del empleador, al respecto la sentencia señalada *supra* Cas. Lab. Nº 1696-2012, ha establecido en la parte final de su considerando quinto, lo siguiente: "Esta sucesión queda acreditada, conforme anotó suficientemente la Sala de mérito, al comprobarse que en la Consulta Sunat del RUC de la Empresa Paiján Agrícola e Industrial Sociedad Anónima se señala el mismo domicilio fiscal que en la Consulta Sunat del RUC de la Sucesión Gastón Tweddle Valdeavellano (anterior empleadora del demandante). Asimismo, existe una conexidad familiar notoria entre los antiguos empleadores del trabajador y la accionista de la empresa recurrente (ambos de la familia apellido "Tweddle"); siendo que esta

asume –además– representación legal de la Sucesión Gastón Tweddle Valdeavellano (anterior empleador del demandante)"[7]. Siendo esto así, el demandante o solicitante de la inspección laboral deberá proporcionar al juzgador o al inspector de trabajo respectivamente la prueba indiciaria que lleve a concluir la existencia de una sucesión empresarial y a su mérito ordenar el pago de los beneficios laborales dejados de percibir o todos los que el trabajador tenga derecho adquiridas con la actual empresa y con la empresa primigenia de forma acumulativa.

(7) Ídem.

SIMULACIÓN COMO CAUSA DE DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS MODALES: ¿SIMULACIÓN DE LAS PARTES EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, SIMULACIÓN UNILATERAL O UNA MALA REGULACIÓN DEL LEGISLADOR?

GONZALO ORTIZ HIDALGO[1]

I. DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS MODALES EN EL PERÚ

Nuestra legislación establece como una regla general, la contratación de trabajadores a plazo indeterminado, por ello el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) establece que: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado". Esto concede –indubitablemente– el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores, desde la celebración del contrato de trabajo, una vez superado el periodo de prueba, en la que adquiere la protección frente a los actos de despido arbitrario del empleador. Sin embargo, la propia LPCL permite, a su vez, la celebración de los denominados contratos modales (temporales, accidentales y, de obra o servicio), los que están sujetos a requisitos particulares previstos en el artículo 72 de la LPCL. Es así que estos contratos deberán constar

(1) Abogado.

por escrito, por triplicado, consignándose en forma expresa su duración, debiendo señalarse las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral. La regla general en la contratación a plazo indeterminado, fue recogida incluso en la STC Exp. Nº 01874-2002-AA/TC[2].

En esa misma línea, el artículo 77 de la LPCL, señala que:

> "Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:
>
> a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.
>
> b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación.
>
> c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
>
> d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley".

En la práctica judicial, son diversas las acciones legales que se inician invocándose el literal d) del artículo 77 de la LPCL, las cuales naturalmente están orientadas a cuestionar el cese de trabajadores que en algún momento suscribieron algún contrato modal (desnaturalización de un contrato modal). Sin embargo,

(2) "3. 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. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado. Dentro de estos contratos, a los que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 denomina Contratos de Trabajo Sujetos a Modalidad, se encuentra el llamado contrato temporal y el accidental-ocasional. El primero corresponde cuando deben realizarse actividades que no pueden ser satisfechas por el personal permanente de la entidad, y el segundo, cuando se requiera la atención de necesidades transitorias distintas a las actividades habituales de la empresa. Para ambos, la ley establece plazos máximos de duración, así como la exigencia de que las causas objetivas determinantes de la contratación consten por escrito".

poco se ha dicho sobre la forma de cómo se debe comprender uno de los dos supuestos que se encuentran regulados en la norma bajo comentario (la simulación); no obstante que es una figura jurídica antigua, que tiene su propia conceptualización y estructura.

El presente trabajo, entonces, tiene por finalidad transmitir una reflexión sobre si la simulación como causa de desnaturalización de los contratos modales, estaría referida a la celebración de un contrato de trabajo modal simulado o si, en el fondo, nos encontramos frente a una posible mala regulación del legislador peruano.

II. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- En la sentencia de fecha 19 de diciembre del año 2003, recaída en el Exp. Nº 01874-2002-AA/TC, proceso seguido por el Sr. Ángel Juan Espichán Agapito contra el Pronaa-Ica, se analizó el literal d) del artículo 77 de la LPCL, señalándose en el cuarto fundamento de la misma, lo siguiente:

> "4. La misma ley, en su artículo 77, precisa que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales. Esta situación se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad. En tal sentido, un contrato suscrito bajo estos supuestos se debe considerar de duración indeterminada, y a partir de allí, cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral solo puede sustentarse en una causa justa establecida por ley; de lo contrario, se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Perú".

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que la desnaturalización de un contrato modal bajo la causal establecida en el literal d) del artículo 77 de la LPCL ocasiona una situación de fraude y simulación a la vez.

- En esa misma línea, en la sentencia de fecha 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. Nº 00978-2011-AA/TC, correspondiente al proceso de acción de amparo iniciado por la Sra. Martha Sandoval Sosa contra la Sunat, se solicitó la reincorporación a la institución en el cargo que venía desempeñando como secretaria en la Oficina Zonal de Juliaca, debido a que suscribieron contratos por servicios específicos, los que estarían desnaturalizados por existir simulación o fraude a las normas laborales, debido a que las labores que realizó siempre fueron de naturaleza permanente, continua y no temporal.

  En el fundamento tercero de la sentencia, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

  > "3. En tal sentido, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas laborales con la celebración del contrato, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de las normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad".

  En la sentencia bajo comentario, el TC no hace mención alguna si en el presente caso, existió una simulación entre las partes en la celebración del contrato modal. El TC únicamente señala que se habría producido una "simulación unilateral", debido a que el empleador habría "simulado condiciones sobre la contratación modal" haciendo aparentar una temporalidad que no habría correspondido al caso en concreto.

- Otra sentencia que podemos comentar es la emitida el 27 de noviembre del año 2013 en el Exp. Nº 00947-2012-AA/TC. A través de este proceso, el Sr. Gustavo Javier Medina solicitó que se declare sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto, por parte de la Autoridad Autónoma

de Majes-Proyecto Especial Majes-Siguas y se le reponga en su cargo de asistente administrativo. Indicó que suscribió contratos de servicio específico, sin embargo, este realizó labores de naturaleza permanente, además que en su contrato no se indicó la causa objetiva de contratación, alegando su desnaturalización.

En la indicada sentencia, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

> "3.3.4 De otro lado, si bien la parte emplazada sostiene en su contestación de demanda que la causa objetiva determinante de la contratación del actor estaría justificada por la temporalidad del Proyecto Especial Majes-Siguas (f. j. 118), y en la cláusula tercera del contrato de trabajo se establece que 'EL EMPLEADOR requiere cubrir las necesidades temporales de recursos humanos (...)' (f. j. 4); no obstante ello, este argumento tampoco puede ser considerado como la causa objetiva de contrato de trabajo para servicio específico que pueda justificar válida la contratación temporal de un trabajador para realizar la labor de asistente administrativo de la sede de Majes, la misma que, por las funciones que debe efectuar, tiene la característica de ser un cargo permanente, lo que evidencia también el fraude en la contratación del actor.
>
> 3.3.5 Siendo así, resulta manifiesto que el demandado utilizó la referida modalidad contractual como una fórmula vacía, con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal cuando en realidad era permanente; en consecuencia, se ha incurrido en la causal de desnaturalización del contrato prevista en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR (...)".

Entonces, el TC luego de analizar nuevamente una denuncia de desnaturalización de contrato modal, bajo el marco de lo regulado en el literal d) del artículo 77 de la LPCL, consideró que se ha producido conjuntamente un supuesto de fraude, pero a su vez, un supuesto de simulación. Nótese, que en cuanto a la figura simulación, el TC vuelve a considerarla como una simulación unilateral, es decir, derivada de un acto y/o conducta del empleador, quien impondría una forma de contratación modal, cuando hubiera correspondido una de naturaleza indeterminada.

- Pronunciamiento similar al indicado en el punto precedente, la encontramos en la sentencia del 20 de enero del año 2014, recaída en el Exp. Nº 00346-2013-PA/TC.

Ante los diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, parecería que la desnaturalización de los contratos modales, bajo la causal establecida en el literal d) del artículo 77 de la LPCL, estaría sustentada la verificación del incumplimiento de la causa objetiva contenida en determinados contratos modales, lo cual acarrearía copulativamente un supuesto de fraude y simulación, no obstante que se tratan de conceptos diferentes.

En ese contexto, una pregunta natural que nos debemos formular es si el dispositivo legal antes mencionado ¿excluiría la simulación del empleador y el trabajador al momento de la celebración de un contrato temporal? Consideramos válida nuestra interrogante si tenemos en cuenta que al momento de la celebración de un contrato modal el empleador y el trabajador podrían "ser conscientes" que están suscribiendo "en apariencia" un contrato de esa naturaleza (modal), cuando en el fondo ambas partes saben que están en realidad celebrando un contrato a plazo indeterminado.

III. DE LA SIMULACIÓN COMO FIGURA JURÍDICA

1. La simulación en el Derecho Romano

En el Derecho Romano se reconocía la figura de la simulación. En esa misma línea, señala el Dr. Leysser León que en el Derecho Romano, en efecto, existía una regulación sobre la simulación en los siguientes términos:

> "(…) nuda el imaginaria venditio pro non factaest et ideo necalienatioeiusreiintellegitur" (Digesto, 18.1.55), o sea que "nuda e imaginaria venta se tiene por no hecha, y por consiguiente tampoco se entiende hecha la enajenación de la cosa. Si bien los romanistas aclaran que en la fuente romana "imaginaria venditio" es, en realidad, una especie de compra en la que no se paga ningún precio a cambio de la cosa, en el entender general la máxima se interpreta (y es invocada) con el significado de una negación de la validez de los contratos aparentes en general, por el solo hecho de ser actos no correspondientes a la realidad, es decir sin prestar atención al plano de la voluntad de las partes"[(3)].

(3) LEÓN HILARIO, Leysser. *Los negocios jurídicos simulados. Introducción a su régimen normativo y praxis en el Derecho peruano*. 2013, p. 19, inédito.

La simulación y su evolución en la legislación peruana:

a) El Código Civil de 1852

Este Código no incorporó en su contenido la teoría del Acto o Negocio Jurídico, esto se habría producido debido a que el Código francés de 1804 (que influyó en los legisladores de la época) tampoco la regulaba en sus orígenes. En ese sentido comenta el Dr. Fernando Vidal Ramírez: "Como ya lo hemos advertido, la formulación teórica del acto jurídico fue posterior al Code Napoleón pues este no lo conceptuó ni lo reguló. Sus redactores estuvieron fuertemente influidos por la idea de que todo derecho u obligación tenía su fuente inmediata en la ley. Además como ya lo hemos señalado, El Code Civil adoptó como concepto genérico el de la convención"[(4)].

b) El Código Civil de 1936

Este Código incorporó por primera vez en nuestra legislación civil una regulación sobre los negocios jurídicos. En ese sentido, la Sección Primera del Libro Quinto se denominó "De los actos jurídicos" (El indicado Libro se tituló *Del Derecho de Obligaciones*). A su vez, se reguló también por la figura civil de la Simulación de los Actos Jurídicos, esto en el título tercero de dicha sección. La regulación estuvo compuesta de cuatro artículos.

Dentro de los principales dispositivos que consideramos útiles para la presente investigación, debemos indicar los siguientes:

El artículo 1094 de este Código establecía lo siguiente: "La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito".

Por su parte, el artículo 1095 reguló lo siguiente: *Los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley, o de perjudicar a un tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado si fuere real y permitido.*

En la exposición de motivos del indicado Código se dejó establecido que la simulación era una figura jurídica lícita, ello siempre que con ello no se incurra en

(4) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Instituciones del Libro del Acto Jurídico". En: ARANÍBAR FERNÁNDEZ-DÁVILA, Gabriela y otros. *Instituciones del Derecho Civil peruano (Visón Histórica)*. Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 1996, p. 572.

un fraude a la ley o se perjudique a un tercero, tomándose como un punto de partida el principio que garantiza la libre actividad de los individuos.

2. De la jurisprudencia

No podemos dejar de mencionar que bajo la vigencia del Código Civil de 1936, los casos judicializados en los que se pretendía la declaración de nulidad de un determinado negocio jurídico por una supuesta simulación, tenían como base, un posible perjuicio a un tercero; en consecuencia, se respetaba los alcances de la regulación que estableció el artículo 1094 del indicado Código.

> **Caso**[(5)]**:** Mediante Escritura Pública de fecha 3 de junio de 1949, el Sr. César Trigoso Valdez vendió a la Sra. Corina de la Rivera Viuda de Sánchez la fábrica de gaseosas "La ideal", ubicada en la ciudad de Cajamarca, por el precio de S/. 30,000.00 que, según el contrato, fueron recibidos por el vendedor. Una vez fallecido el Sr. César Trigoso Valdez, sus hijos y herederos interpusieron –en el año 1951– una demanda contra la Sra. Corina de la Rivera Viuda de Sánchez, a efectos de que renuncie al ejercicio de los derechos y acciones que puedan derivar del indicado contrato, señalando que el mismo fue otorgado con "simulación".

3. Concepto de negocio jurídico simulado

El profesor Hernán Cortés señalaba que "la simulación consiste: en el ocultamiento de la realidad, mostrando una cosa distinta de aquella. (...) De esta forma, el acto externo, que es observado por los extraños, aparece como cierto, siendo que él no trasunta el estado volitivo de sus protagonistas, ni la verdad exacta de la voluntad creadora que lo genera"[(6)]; por su parte, el profesor Francesco Galgano indica que: "Hay simulación cuando los contratantes crean, con su declaración, solo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren sus efectos (...), o crean la apariencia exterior de un contrato diverso del querido por ellos"[(7)].

El autor Jorge Mosset Iturraspe, citando a Pugliatti, señala que:

> "(...) en la simulación se dan dos declaraciones combinadas por la unidad de la intención, de modo tal que una de ellas –la del

(5) MONTERO BACA, José. *Ejecutoria supremas de Derecho Civil peruano*. Tomo VII, 1953, pp. 213 y 214.

(6) CORTÉS, Hernán. *La simulación como vicio jurídico*. Editorial Araujo, Buenos Aires, 1765, p. 10.

(7) GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco y Lorenzo Prats, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 335.

> acuerdo simulatorio– destruye la causa de la otra –la del negocio simulado–, 'dejando en vida solo el despojo y dejando subsistente, por ello, la apariencia de negocio'. El acuerdo simulatorio priva de causa –vale decir de función económica y jurídica– al negocio simulado"[8].

Una primera interrogante que nos podemos formular es el ¿por qué las personas simulan negocios jurídicos? Antes de responder esta interrogante, debemos afirmar que existe siempre una motivación para ello, las personas simulan porque siempre buscan un propósito, una meta, un objetivo. Hasta acá, no advertimos que la figura de la simulación sea "siempre perniciosa", de tal manera que debemos de antemano fijar una línea que separe lo bueno de lo malo. En cada caso, deberá analizarse lo que en doctrina se conoce como la *causa simulandi*, que no es sino "el motivo que induce a dar a apariencia a un negocio jurídico que no existe"[9], ello nos permitirá conocer si estamos frente a una simulación lícita o ilícita. Esto es válidamente aplicable en la celebración de los contratos modales.

Ahora bien, la simulación es una figura jurídica que ha existido desde los primeros tiempos; reconocido incluso desde el Derecho Romano, ello tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Así por ejemplo en tiempos de guerra, los soldados y oficiales solían celebrar contratos simulados, de tal manera que quienes perdían la guerra evitaban –por medio de la simulación– el despojo de sus bienes por parte de los vencedores, los romanos llamaban a esto *vae victis*. Situación similar se producía en tiempo de confiscaciones por gobiernos tiranos, en la cual los ciudadanos buscaban resguardar sus pertenencias por medio de la simulación, a efectos de menguar las órdenes estatales de confiscación[10].

> **Etimología:** Según el Dr. Aníbal Corvetto Vargas: "Viene de dos palabras latinas: *simul* que significá 'igual' y *actió*, 'acción', y quiere decir según esta etimología, el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra"[11].

(8) MOSSET ITARRASPE, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1974, p. 23.

(9) ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 355.

(10) QUINTANILLA P, Álvaro. *Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio*. Edeval, Valparaiso, 1976, p. 265.

(11) CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil*. 2ª ed., Lumen, Lima, 1954, p. 493.

Señala el Dr. Francisco Ferrada:

> "En el lenguaje corriente, simular significa 'hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe'. El origen etimológico conforme este concepto (...) simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero. Así se simula una enfermedad, un peligro un viaje (...)".

Los requisitos del negocio simulado son, por lo tanto, los tres siguientes:

1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención
2. Concertada de acuerdo entre las partes.
3. Para engañar a terceras personas[12].

Continúa señalando el Dr. Ferrada:

> "La simulación es el resultado de un acuerdo entre los contratantes y sale, por lo mismo, del campo de los actos unilaterales. Para completar la idea del negocio simulado debemos insistir sobre los fines que se proponen las partes al recurrir a ese artificio. Su propósito puede ser lícito o fraudulento. No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Y esto, no solo en la simulación relativa, sino también en la absoluta. Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitaciones, o un fin de vanidad o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de los terceros"[13].

En esa misma línea, señalan los profesores Marcelo Planiol y Jorge Ripert (en traducción del Dr. Mario Díaz Cruz):

> "Existe simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato (*convention*) aparente cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato, contemporáneo del primero (3) y destinado a ser mantenido secreto. El

(12) FERRADA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos.* Traducción de Santiago Cunchillos y Monterota, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 41 y 44.

(13) Ibídem, p. 47.

> acto secreto se denomina contradocumento. Puede destinarse a suprimir totalmente los efectos del acto aparente, al cual se denomina ficticio; así en el caso de una enajenación simulada, el comprador reconocerá en un contradocumento que va a poseer en nombre ajeno"[14].

Ahora bien, la simulación contiene dos aspectos a considerar, una notoria, referida al negocio simulado y, otra oculta, referida al acuerdo simulatorio, por ello, consideramos que la simulación crea una situación de "apariencia", toda vez que se busca representar socialmente una situación que no corresponde a la realidad, sin embargo, esto se produce por un "querer consciente" de las partes intervinientes, quienes acuerdan voluntariamente generar dicha situación de apariencia con algún propósito o motivo conocido generalmente solo por los intervinientes. En ese marco, la simulación debe ser entendida como un "fenómeno unitario" entre lo reflejado a los demás y el acuerdo interno de las partes. Por tener tales características, el negocio jurídico simulado, en principio, no podría generar efectos jurídicos normales, no obstante ello, desde ya adelantamos que al tratarse de una situación que "aparente ser verdadera" no puede generar afectaciones de derechos o de intereses de los terceros que creen y contratan sobre la base de "aquella apariencia", es decir, sobre la base de una confianza generada por las partes que intervienen en el negocio jurídico simulado.

Entonces, la simulación, es –en definitiva– un acto volitivo, pues nace de la voluntad discernida de sus intervinientes con un propósito negativo o positivo, calificativo que efectuará el propio ordenamiento jurídico, de la mano con una correcta aplicación de las instituciones jurídicas que vinculan el tema.

4. Características de la simulación

Al respecto señala el Dr. Lohmann Luca de Tena:

> Son notas características de la simulación, las siguientes:
>
> a) *El propósito de provocar*, bien inocuamente, bien en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio, *una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado.* (...) Lógicamente esta creación artificiosa debe corresponderse con una finalidad concreta y característica de toda simulación, que reside siempre en dar a entender que se quieren unos resultados específicos (los del negocio que es objetivamente celebrado), cuando en

(14) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A., La Habana, 1940, pp. 465-466.

verdad no se quiere ninguno o se desea esconder un propósito diferente (el que subjetivamente se desea) y que queda sin expresión sensible y conocida (...).

b) *La divergencia entre lo querido y lo que se declara debe ser consciente.* Es decir a sabiendas de la existencia de dos realidades diferentes, ambas conocidas: la verdadera y la falsamente querida, una de las cuales está preordenada a no tener eficacia jurídicamente reconocida (...).

c) *Convenio o acuerdo de simulación.* La simulación no puede realizarse sin la previa disposición de un medio que preexista o coexista con el negocio simulado: se trata del acuerdo simulatorio. Este acuerdo es la inteligencia de los partícipes de la simulación (a veces con el necesario concurso de terceros) para crear la apariencia, para crear una estructura negocial válida, pero vacía (total o parcialmente, en más o menos de lo declarado) de voluntad de resultado, porque la autorreglamentación de intereses manifestados de la figura negocial no coincide con los intereses –todos o parte de ellos– apetecidos(15).

Ahora bien, coincidimos con el autor Mosset Iturraspe, quien sostiene que existe un "procedimiento simulatorio" que concluye con celebración del negocio simulado. En ese sentido, existe una sola voluntad que se va concretando por grados o etapas; siendo la primera etapa, el denominado acuerdo o entendimiento simulatorio y, la segunda etapa, el negocio simulado "celebrado" que podrá ser mostrado a terceros, con lo cual queda consumado el instituto de la simulación (16).

Ahora bien, coincidimos con el autor Mosset Iturraspe, quien sostiene que existe un "procedimiento simulatorio" que concluye con celebración del negocio simulado. En ese sentido, existe una sola voluntad que se va concretando por grados o etapas; siendo la primera etapa, el denominado acuerdo o entendimiento simulatorio y, la segunda etapa, el negocio simulado "celebrado" que podrá ser mostrado a terceros, con lo cual queda consumado el instituto de la simulación(17).

(15) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., pp. 364-366.

(16) MOSSET ITARRASPE. Ob. cit., pp. 27-28.

(17) Ídem.

5. El fraude en el negocio jurídico

Respecto al fraude señalan los profesores Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud: "Utilizado por los contratantes para eludir las reglas legales –las fiscales por ejemplo–, el fraude afecta a los intereses generales; por eso suele estar sancionado con la *nulidad absoluta.* El fraude contra los acreedores de una de las partes permite ejercitar la acción pauliana solo a las víctimas; (…)"[18]. A lo indicado por el referido autor, debemos señalar que el fraude como tal, no conlleva utilización de la figura de la simulación, se trata pues de un acto "real" que celebra un deudor con un tercero, en el cual este último adquiere –por ejemplo– parte del patrimonio del deudor, pero no es un negocio simulado, toda vez que existe voluntad real de adquirir el bien; eso es lo que diferencia el "fraude de acreedores", con la simulación en sí misma; por ello es que en nuestra legislación se reputa como un negocio válido que podría tornarse ineficaz respecto del acreedor por medio de la acción pauliana.

Diversos autores, denominan a esta figura (fraude del negocio) como negocio fiduciario. Así el autor alemán Von Tuhr efectúa una clara explicación al respecto, afirmando:

> "En cambio, tratándose de actos celebrados para engañar a terceras personas, surge el problema de saber si el acto de disposición es puramente simulado, y por tanto nulo, o si tiene valor fiduciario. En la duda, habrá de entenderse lo segundo, ya que la finalidad perseguida por las partes es mucho más fácilmente[19].
>
> d) De la celebración simulada de un contrato modal por el empleador y el trabajador".

Consideramos que es factible que el empleador y el trabajador puedan celebrar un contrato modal en "apariencia", cuando en el fondo –en forma consciente– saben que están celebrando un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, consecuentemente, somos de la opinión que en este supuesto se podría demandar la desnaturalización del contrato modal por causa de simulación, tal como lo permite el literal d) del artículo 77 de la LPCL

Para efectos prácticos, consideraremos un ejemplo:

(18) MAZEAUD, Henry y León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda*. Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 343.

(19) VON TUHR, A. Ob. cit., p. 162.

> "Juan" es amigo del "Pedro", quien es dueño de una fábrica de corbatas. Pedro negocia con su amigo Juan los alcances de un contrato de trabajo, para que este ingrese a laborar a su negocio como operario de almacén, pero debido a la confianza que estos tienen Pedro le dice a Juan que le correspondería ser un trabajador a plazo indeterminado, pero por razones de estrategia en su negocio, firmarán un contrato por incremento de actividades por un año, pero al término de este pasará a ser un trabajador a plazo indeterminado. Dicha propuesta es aceptada por Juan. En el doceavo mes de ejecución del contrato, Juan tiene un intercambio de palabras con Pedro (por asuntos personales) y este último decide no firmar el contrato a tiempo indeterminado que fuera ofrecido en la negociación del contrato de trabajo, por lo que al día siguiente del término del contrato Pedro no permite el ingreso de Juan a la Fábrica. En el caso, ¿Juan acaso no podría demandar a Pedro la desnaturalización de su contrato temporal, debido a que este fue celebrado con simulación relativa? Evidentemente que sí.

En ese orden de ideas, si bien es cierto el TC en diversos pronunciamientos ha considerado como causal de desnaturalización (en el marco del literal d del art. 77 de la LPCL) una especie de "simulación impuesta por el empleador" o "simulación unilateral" con relación a los contratos modales, no puede descartarse su aplicación para casos como los propuestos en el párrafo precedente, máxime si la simulación en un contrato de trabajo es naturalmente "bilateral" por la participación del empleador y el trabajador.

IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 77 de la LPCL establece un supuesto de desnaturalización de los contratos temporales, cuando se demuestre la existencia de simulación o fraude. Ambas figuras (simulación o fraude) tienen una concepción diferente, por lo tanto, no pueden ser aplicadas como si se tratara de una misma figura jurídica.

2. El artículo 77 literal d) de la LPCL, como causal de desnaturalización de un contrato modal, podría ser válidamente aplicado en los supuestos de simulación bilateral del contrato modal por parte del empleador y del trabajador.

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. VALORACIÓN DEL TRABAJO HUMANO

JUAN PRADO QUISPE

Aún antes de que aparezca el hombre en el planeta Tierra, los animales existentes, antes que él, que a la vez fueron macho y hembra, tenían que alimentarse para su subsistencia. Al aparecer el ser humano, también fue con hambre, es decir, con necesidades que satisfacer y su primera necesidad fue el comer.

La teoría creacionista nos manifiesta en la Biblia que, Dios al crear al hombre le dijo "hoy les entrego para que se alimenten toda clase de plantas con semillas que hay sobre la tierra" (Génesis 1, 29), "puedes comer todo lo que quieras de los árboles … (Génesis 2, 16). Queda claro que de acuerdo a esta teoría Dios creó un hombre con hambre, con necesidades vitales y la primera de ellas fue el comer.

Y sabemos que las necesidades humanas son múltiples, clasificadas como primarias, secundarias y superfluas, las que requieren ser satisfechas, sobre todo las primeras, que es de todos los días, todos los años, hasta morir.

Pero el instrumento básico para producir y adquirir estos bienes que satisfaga estas necesidades de todo el tiempo y de toda la vida, es el trabajo, que es el conjunto de actividades físicas o mentales realizadas por el hombre, que según lo diseña el artículo 22 de la Constitución Política vigente, "es un deber y un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

Estamos obligados a trabajar, es decir, producir y servir para la sociedad, por ello mismo si tenemos el deber de trabajar tenemos derecho al trabajo,

correspondiendo al Estado como deber primordial y esencial "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (art. 44 Const.), entendiéndose entre ellos, el trabajo para comer

Pero además, siguiendo con el artículo 22, el trabajo es el cimiento, sobre el cual se levanta el bienestar de la sociedad, es la base sobre el cual se construye el edificio social, de allí la importancia y el valor de que el hombre tenga trabajo, porque también, es el instrumento mediante el cual este se realiza. El hombre se sentirá realizado solo por el trabajo. El sentirse realizado es el fin, el instrumento o medio es el trabajo, pero por este trabajo, en contraprestación, el hombre tiene derecho "a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual" (art. 24 Const.) He aquí el perfil del trabajo.

I. ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

Siendo las necesidades humanas exigencias de todos los días, y que cada día se incrementan, obliga tener trabajo todos los días. Varios profesores laboralistas han reflexionado al respecto; el tratadista Mario de la Cueva afirma: "La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo, y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad, y la segunda es su seguridad o garantía; sin esta segunda falta, la estabilidad sería una mera ilusión".

Estabilidad laboral, significa en sí la permanencia en el empleo, que la relación de trabajo que una persona tiene con su empleador, esta se mantenga en el tiempo, que no termine de un momento a otro sin motivo alguno. Hay un principio de continuidad en la labor.

Los laboralistas sostienen que existen razones fundamentales para la estabilidad laboral en el mundo:

1. **Las razones económicas;** las determinan la misma naturaleza biológica del ser humano, es un ser con necesidades que satisfacer, y estas son de toda la vida, permanentes, estables.

   El eminente laboralista Teodosio Palomino Ramírez, en su obra *El Derecho del Trabajo en el siglo XXI* nos dice: "No se atreverá el

trabajador a comprar o construir una casita, si no tiene seguridad de poder cumplir con sus obligaciones de pago. No adquirirá bienes al crédito por temor a no poder responder con el producto de su trabajo. No podrá pensar en mandar a sus hijos a centros de estudios superiores o costear sus vacaciones, si no tiene la garantía de estar en condiciones de cumplir con los pagos respectivos oportunamente. Entonces, no hay duda que una estabilidad laboral beneficia, en general, a la economía de un país (...)".

Corresponde al Estado la obligación *in perenne* de "promover condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo" (art. 23 Const.). Además, siendo el trabajo un derecho, es "deber prioritario del Estado garantizar la plena vigencia" de este derecho (art. 44 Const.).

Pero además, el trabajador, teniendo estabilidad laboral habrá asegurado estabilidad remunerativa, la que debe ser "suficiente" para cubrir sus "necesidades materiales y espirituales de él y su familia".

2. **Las razones sociales;** las determina el hecho de que el trabajador no solo debe ser considerado individualmente, sino con esposa e hijos que mantener. Y los hijos piden pan todos los días, las necesidades son de todo el tiempo en vida. Entonces con estabilidad lo que se trata es proteger a la familia, reconocida como el "instituto natural y fundamental de la sociedad" (art. 4 Const.). Siendo así, "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16, inc. 3) Declaración Universal de Derechos Humanos).

   Tendremos en cuenta que una estabilidad laboral contribuirá a una estabilidad familiar y hasta sentimental. Hay un adagio popular que dice: "cuando la falta de empleo o de ingresos entra por la puerta, el amor sale por la ventana".

3. **La razón psicológica;** está determinada porque el ser humano requiere estabilidad emocional, personal y familiar, requiere "paz y tranquilidad", gozar en su entorno de un "ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida", además es también derecho (art. 2, inc. 23 Const.).

Teniendo trabajo estable, sin interrupciones, determinado por los plazos fijos o renovaciones, y debidamente remunerado para cubrir las "necesidades materiales y espirituales", se garantizará su estabilidad emocional al poder cumplir con su misión.

4. **La razón del futuro,** también entra en juego porque con un trabajo estable, continuado en el tiempo, se garantiza una aportación ininterrumpida para lograr y tener en un futuro al terminar su ciclo laboral una pensión aceptable de jubilación, con la cual asegurará la existencia de una vejez hasta su muerte.

5. **La razón constitucional;** está determinada por la necesidad que tiene el trabajador de tener una garantía jurídica que lo ampare y seguridad de su cumplimiento, por lo tanto, se hace necesaria la figuración como derecho en la Carta Magna, norma superior en el ordenamiento jurídico

II. DERECHO ADQUIRIDO

Derecho adquirido, es aquel que ha entrado definitivamente al patrimonio de una persona o, a toda situación jurídica creada definitivamente. El que está irrevocable y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Es el derecho perfecto, nacido por el ejercicio integralmente realizado, o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo según la ley en vigor para atribuir derecho.

Supone la ocurrencia de un hecho adquisitivo, generados de una relación jurídica concreta. Se materializa cuando un sujeto tiene ya un derecho como suyo, en carácter de titular, por haber pasado a integrar su patrimonio. Por ello la jurisprudencia considera derecho adquirido a la consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo en virtud de la ley del tiempo en que el hecho tuvo lugar.

La situación humana exige hacer de la actividad del trabajo un derecho adquirido.

La expresión Derecho Adquirido lo encontramos en el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, tal es así que en su artículo 3 dice: "Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley".

El artículo 6 de la norma reglamentaria sigue estipulando que: "La Carrera Administrativa proporciona estabilidad, en tal sentido, las disposiciones establecidas en la presente norma están orientadas a protegerla y preservarla y deben ser respetadas, tanto por las autoridades administrativas como por los servidores y las organizaciones que los representan.

Cualquier variación que en lo sucesivo sea necesario llevar a cabo, **no podrá afectar los derechos adquiridos del servidor** y se realizará con la anticipación que corresponda para su correcta aplicación

La relación laboral no puede interrumpirse, sino por las causales que fija la ley".

Este Reglamento sigue reiterando en su artículo 34 que: "La estabilidad laboral se adquiere a partir del nombramiento. No existiendo periodo de prueba".

III. ESTABILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

En el Perú, para el Sector Público, hace 83 años que se estableció la estabilidad laboral, cuando el Presidente de la Junta Nacional de Gobierno don David Samanez Ocampo y Sobrino, emitió el Decreto Ley Nº 7455 el 27 de noviembre de 1931.

> "Artículo 1.- Los derechos y obligaciones de los empleados públicos serán determinados oportunamente por un Estatuto Especial.
>
> Artículo 2.- Mientras se dicta el Estatuto de los empleados públicos, **se considera a estos inamovibles**, salvo que ocurra alguna de las causas de separación a que se refiere el artículo siguiente.
>
> Artículo 3.- Se considera como causa justificada de separación:
>
> A) La grave indisciplina
>
> B) El abandono del cargo por más de quince días
>
> C) La comisión de delitos previstos en el Código Penal
>
> D) La incompetencia o inmoralidad debidamente comprobada
>
> E) La supresión justificada del empleo

> 4.- La resolución que separe a un empleado público de su cargo tendrá que hacer referencia expresa a la causa que motiva la separación".

Para trabajadores públicos contratados que prestan servicios de naturaleza permanente y que tengan más de un año ininterrumpido de labores, gozan de una especie de estabilidad en el trabajo, otorgado por el tiempo de trabajo. Así lo establece la Ley Nº 24041 de fecha 27 de diciembre de 1984 dictada por el presidente Fernando Belaunde Terry:

> "Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, **que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos** sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo Nº 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.
>
> Artículo 2.- No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar:
>
> 1.- Trabajos para obra determinada
>
> 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada
>
> 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración
>
> 4.- Funciones políticas o de confianza".

Por todas estas razones y otras derivadas de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, recomendamos: Incorporar en la Constitución Política del Perú, en el Capítulo II: de los derechos sociales y económicos del Título I y en las leyes laborales correspondientes, el derecho de los trabajadores públicos o privados, **El Derecho a la estabilidad en el trabajo** y que solo podrán ser cesados del trabajo con las garantías del debido proceso, por faltas cometidas; por existir antecedentes legales y razones, económicas, sociales y de supervivencia humana, modificándose el artículo 27 de la Carta magna vigente.

LA REDUCCIÓN DE PERSONAL EN SITUACIONES DE CRISIS: PRINCIPALES CONSIDERACIONES Y CUESTIONAMIENTOS

SHIRLEY CHARLOTTE QUINO CANCINO[1]

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo versa sobre una de las alternativas con la que cuenta toda empresa que atraviese un grave contexto de crisis económica o financiera: el cese colectivo o la reducción de personal. Cabe precisar que optar por esta medida implica que el empleador deberá acreditar objetivamente y ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT), la necesidad de prescindir de un porcentaje específico de sus trabajadores, en aras de preservar la continuidad del negocio.

Para situaciones de crisis económica, nuestra norma laboral determina la necesidad de someter a la aprobación de la AAT la decisión de aprobar la medida de reducción de personal, regulando los niveles de intervención de los trabajadores involucrados y posiblemente afectados, en el marco de un procedimiento administrativo trilateral establecido para estos efectos.

Este procedimiento es particularmente trascendente, pues se ha verificado que en sede administrativa, la AAT consideraba que el análisis de fondo sobre las causas invocadas tenía como requisito preliminar el cumplimiento de los requisitos de forma, conforme observa Zavala Costa en los pronunciamientos que la AAT emitió durante el periodo comprendido entre 1998 y 2004. Además, el

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Equipo Laboral de Deloitte.

incumplimiento de alguna de las formalidades establecidas determinará la improcedencia del cese colectivo, viéndose la empresa imposibilitada a hacer efectiva la reducción de personal sin que ello resulte contingente, pues dada la inexistencia de la autorización correspondiente estos despidos podrán ser calificados como incausados.

II. LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSAS OBJETIVAS

Las empresas podrán optar por la reducción de personal siguiendo el procedimiento denominado terminación colectiva de contratos de trabajo o cese colectivo, previsto en el literal h) del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL) como una causal de extinción del contrato. Dada la ubicación de esta causal de extinción del contrato de trabajo dentro del propio TUO de la LPCL, ha sido considerada por la norma como una institución aparentemente distinta del despido, pues requiere la presencia de causas no imputables a las partes. En su oportunidad Cortés Carcelén reflexionó sobre el alcance del término "despido", para determinar si este abarcaba el cese colectivo por causas objetivas, concluyéndose que la regulación prevista en el TUO de la LPCL respecto de esta modalidad de conclusión del vínculo laboral suponía el uso de un sentido restrictivo del término "despido", con la finalidad de excluirlo del ámbito de protección constitucional.

Transcurridos ya más de veinte años desde la publicación del texto original del TUO de la LPCL, dado el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, queda claro ya que si bien en el cese colectivo existe una causa general y objetiva habilitadora, la extinción colectiva de la relación laboral requiere necesariamente de la decisión del empleador de extinguir unilateralmente las relaciones laborales; por lo que, coincidimos con Blancas Bustamante, quien al citar a Cortés Carcelén, considera que la diferenciación que hace la propia norma no obsta para que se considere a la terminación del contrato de trabajo por causas objetivas como despido.

III. EL DESPIDO COLECTIVO O REDUCCIÓN DE PERSONAL ANTE SITUACIONES DE CRISIS

Uno de los motivos previstos por el TUO de la LPCL que habilita el despido colectivo es aquel que se fundamenta en "motivos económicos", conforme lo

indica el artículo 46 del TUO de la LPCL, regulándose en el artículo 48 de la misma norma la forma en la que la terminación colectiva por esta causa debe realizarse.

El TUO de la LPCL no ha brindado una definición de "causas objetivas" ni de "causas económicas", tampoco ha precisado cómo debe ser esta causa económica para que habilite un cese colectivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países, donde no se define legalmente al despido colectivo por causas económicas y/o no establecen procedimientos específicos, el TUO de la LPCL ha dotado de una definición cuantitativa al cese colectivo por causas económicas, precisando, además, los procedimientos específicos que se deben seguir.

1. Deber de demostrar objetivamente la crisis económica

La terminación del vínculo laboral por causas económicas solo es posible si es que, tras seguir el procedimiento establecido en la norma, se emite un acto administrativo de tipo constitutivo que así lo autorice, el cual debe implicar una valoración previa de determinados eventos que fundamenten la afectación del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores involucrados.

Al respecto, citando a Paredes Neyra, De las Casas y Cavalié han señalado que por causas económicas podría entenderse a aquellas situaciones empresariales se encuentran en una situación de inviabilidad y crisis financiera tal, que podrían ocasionar la insubsistencia de la empresa si no se toman decisiones firmes y drásticas. Asimismo, Arce Ortiz ha considerado que la causa económica es la situación empresarial que se caracteriza porque los costos de producción de bienes y de servicios que constituyen el objeto de la empresa son superiores a los ingresos obtenidos de lanzar al mercado esos mismos bienes y servicios; así, lo que deberá analizarse para evaluar la procedencia de la causa económica para el cese colectivo es que el negocio llegue a una situación inestable e inviable.

Por su parte, el criterio empleado recurrentemente en sede administrativa se ha inclinado por considerar que no basta con acreditar la existencia de causas económicas o pérdidas, sino que deberá demostrarse que los costos laborales son determinantes en la generación de las referidas dificultades o que la reducción del personal tendrá un efecto significativo en la superación de la crisis, lo que de alguna forma dota de cierta predictibilidad a los pronunciamiento de sede administrativa en un contexto donde nuestra norma laboral no precisa mayores alcances de la "causa económica".

No ha sido sino hasta el 2013 que, mediante la Resolución Directoral General Nº 003-2013/MTPE/2.14 y con carácter vinculante, se han establecido los criterios específicos que deberán tenerse en cuenta para la acreditación de la causa

económica, precisándose que la crisis debe ser real, actual y suficiente para que funja como causa que habilite el despido colectivo, con miras a la reversión de la crisis. De esta forma, citando a Arce Ortiz, la AAT señaló que el análisis de la existencia de la causa económica invocada debe evaluar lo siguiente:

- La presencia del elemento objetivo, que comprende dos manifestaciones: la disminución sustantiva de la producción que impida a la empresa continuar con el desarrollo normal de sus actividades empresariales y la crisis económica o financiera que imposibilite a la empresa atender a sus obligaciones principales o secundarias (imposibilidad de cumplir con la cadena de producción así como incapacidad económica para cumplir con deudas adquiridas). Este elemento deberá ser evaluado en cada caso en concreto, con base en la pericia presentada por la empresa.

- La realidad de la crisis, pues no basta alegar que el sector al que la empresa pertenece se encuentra en crisis, sino que se debe justificar cómo es que esta crisis afecta y esto debe reflejarse en la situación económica de la empresa.

- La suficiencia de la crisis, pues esta deberá ser permanente, definitiva e insuperable y no meramente coyuntural; de tal forma que mantener el vínculo laboral ocasione más pérdidas que ganancias, lo que deberá evaluarse a partir de la comparación de más de dos ejercicios contables.

- La crisis debe ocurrir en el mismo momento en el que se solicita la admisión del cese colectivo, no deberá tratarse de un hecho futuro o "pronosticado".

Por lo tanto, la empresa debe demostrar la existencia de una relación lógica y proporcional entre la reducción de costos laborales y la mala situación económica de la empresa, debiendo determinarse así que la medida de cese colectivo es la única opción razonable para revertir la causal económica.

Consideramos que estos parámetros de procedencia se derivan de la naturaleza protectora del Derecho Laboral, pues solo la acreditación objetiva de la existencia real de la crisis económica permitirá a los trabajadores contradecir la decisión de la empresa sin que medien subjetividades o situaciones de mera conveniencia o utilidad empresarial. Evidentemente, la reducción de personal por motivos económicos deberá contribuir a que la empresa pueda afrontar la crisis de una mejor manera, asegurando su pronta recuperación y competitividad, así como

garantizando el empleo de los trabajadores que continuarán en la empresa, sin que ello implique la extinción de la totalidad de los trabajadores, pues para estos casos se deberá optar por el cese colectivo "por disolución y liquidación de la empresa y quiebra" o "por reestructuración patrimonial", regulados en el TUO de la LPCL.

2. Sobre el requisito porcentual mínimo de los trabajadores afectados

El artículo 48 del TUO de la LPCL ha establecido que el cese colectivo por causas económicas debe abarcar a un número no menor del 10 % de los trabajadores de la empresa, requisito que se deriva de la naturaleza colectiva del tipo de cese analizado, así como de la regulación sistemática que regulan su causa y procedimientos, las cuales "contemplan en su supuesto de hecho lo que en estricto son relaciones colectivas de trabajo entre empresario y sindicatos, representantes de trabajadores o trabajadores colectivamente considerados".

Coincidimos con Cortés Carcelén cuando señala que la exigencia de que el cese colectivo involucre a un número no menor del 10 % del total de trabajadores de la empresa constituye un requisito que fomenta la afectación de un número mayor de trabajadores del necesario o que, en su defecto, ocasiona que las empresas busquen reconducir el cese colectivo a despidos incausados con el pago de la indemnización regulada en el artículo 34 del TUO de la LPCL, cuando los involucrados no constituyen el 10 % de la totalidad de los trabajadores.

De esta forma, el requisito cuantitativo impuesto por ley para el cese colectivo resulta muchas veces una traba para que las empresas lleven a cabo el procedimiento con aras a solucionar su crisis económica, sin afectar derechos constitucionales de trabajadores.

a) Criterios de prelación para la inclusión de los trabajadores en la medida de cese colectivo

Nuestra normativa no establece criterios de prelación que el empleador deba considerar al momento de seleccionar al personal comprendido en el cese colectivo, como sí lo hacen otras legislaciones (tal es el caso de Alemania, Argelia, México, Panamá, Lituania, etc.), así como tampoco se precisa que dichos criterios deban ser definidos mediante negociación colectiva (como sucede en las legislaciones de Austria, Bélgica, Reino Unido, etc.). Sin embargo, nada obsta que, bajo nuestra legislación vigente, los criterios de prelación puedan ser determinados vía negociación colectiva, ya sea mediante la suscripción de los convenios colectivos ordinarios, o mediante los acuerdos a los que pueda llegar el empleador con los distintos sindicatos –o representantes de los trabajadores– en vía de trato directo durante el procedimiento de cese colectivo.

Si bien solo el empleador conoce la necesidad de contar o prescindir de ciertos servicios dentro de su organización, encontrándose en mejor posición que la AAT para determinar el personal necesario con el que requiere contar la empresa para revertir la crisis, sería importante que se fijen criterios metodológicos para la determinación del ámbito subjetivo del cese colectivo por causas económicas y la preferencia en la inclusión de ciertos trabajadores en la medida. De esta forma, se dotaría de mayor predictibilidad a esta modalidad de cese pocas veces autorizada por la AAT, evitando discusiones respecto de la idoneidad de la inclusión –o no– de personal contratado a plazo fijo, plazo indeterminado, sindicalizado no sindicalizado.

Ante la inexistencia de dichos criterios metodológicos, no cabe duda de que la determinación del personal que será involucrado en el cese colectivo deberá basarse en criterios objetivos que permitan a la AAT verificar que la medida de cese no pretende reducir el número de trabajadores contratados a plazo indeterminado y/o sindicalizados, pese a su inclusión en la medida.

b) Sobre la posibilidad de incluir en la medida de cese colectivo a dirigentes sindicales

El artículo 28 de la Constitución reconoce el derecho de sindicación y garantiza la libertad sindical, protegiéndose a los sindicatos, a sus afiliados y a los dirigentes sindicales. Resulta evidente que son los dirigentes sindicales quienes se encuentran más expuestos a los actos antisindicales que puedan sufrir por su actuación, con la finalidad de imposibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical. Por este motivo, los dirigentes sindicales gozan de un mecanismo específico de protección regulado en el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo (en adelante, TUO de la LRCT), para evitar que sean despedidos sin causa debidamente demostrada.

Cabe preguntarse, entonces, si un dirigente protegido por el fuero sindical podrá o no ser incluido en un cese colectivo y cuáles serían las consecuencias de su inclusión en la medida.

Sobre el particular, se ha considerado que el artículo 30 del TUO de la LRCT parecería enfocarse en resguardar a los dirigentes protegidos con el fuero sindical contra actos de carácter individual, es decir, los que se dirigen contra **un trabajador específicamente protegido**, mas no brindaría una protección adecuada cuando este se encuentra comprendido en un procedimiento de cese colectivo; lo que, bajo argumentos discutibles, podría generar la posibilidad de que no se cuestione el hecho de que estos actos devengan o no en antisindicales, por no ser tan evidente, encontrando así una protección insuficiente en el fuero sindical.

Sin embargo, consideramos que el fuero sindical regulado en el artículo 30 del TUO de la LRCT también opera en ceses de naturaleza colectiva, dado que la norma no hace diferencia entre despidos individuales o colectivos, bastando que se produzca "sin justa causa debidamente demostrada" y que afecte a un dirigente protegido por el fuero sindical. Por lo que, en caso que se incluya en esta medida de reducción de personal, a un dirigente que cuenta con este *plus* especial de protección, sin que se haya probado la existencia de la causa justa (crisis real, actual y suficiente), este encontrará el mismo nivel de protección que gozaría ante un despido individual.

Además, el artículo 63 del Reglamento de la Ley al Fomento al Empleo ha establecido que en el cese colectivo por causas económicas, el empleador deberá brindar a la AAT la justificación específica de la inclusión de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, al momento de presentar la solicitud para la apertura del expediente. Por lo que, los trabajadores protegidos por el fuero sindical sí contarían con mecanismos de protección *ex ante* (la justificación específica en sede administrativa) y *ex post* (tras el cese colectivo, en sede judicial).

Como consecuencia, las empresas deben tener en cuenta que si incluyeran en el cese colectivo a dirigentes protegidos por el fuero sindical, ellos tienen a su disposición el uso de la vía del fuero sindical o el proceso de nulidad de despido, en los casos en los que la necesidad de su inclusión en la medida no haya sido acreditada fehacientemente en sede administrativa.

Dado que esta protección solo será de aplicación a quienes se encuentren dentro del fuero sindical, uno o más dirigentes sindicales no protegidos por el fuero sindical podrían ver afectado su derecho a la estabilidad laboral en los procedimientos de cese colectivo, sin que se exija en sus casos la justificación específica del motivo que origina su inclusión en la medida.

3. La observancia del procedimiento previsto en el TUO de la LPCL

A diferencia de lo que ocurre en los despidos individuales, la ley exige al empleador que obtenga la autorización de la AAT para proceder con el cese colectivo, para lo cual deberá cumplir cuidadosamente con el procedimiento regulado en la norma, a efectos de evitar que una solicitud de cese colectivo debidamente acreditada sea declarada improcedente como consecuencia de la inobservancia de los requisitos formales.

a) Deber de información

El literal a) del artículo 48 del TUO de la LPCL ha establecido que la empresa debe proporcionar al sindicato, o a falta de este a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no contar con sindicatos, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca, así como la nómina de trabajadores afectados. Es claro que si la empresa cuenta con sindicato, la información deberá ser proporcionada a la organización sindical, en tanto ejercer la representación de sus afiliados.

El cumplimiento del deber de información resulta trascendental para la consecución del procedimiento de cese colectivo y la emisión de un resultado que respete el debido procedimiento; ya que será con base en la información proporcionada por la empresa, que los trabajadores o sus representantes podrán proponer medidas alternativas al cese y/o contradecir la viabilidad del cese colectivo ante la AAT mediante la presentación de sus pericias.

No se han establecido criterios adicionales respecto de la información que deberá proporcionar la empresa; sin embargo, entendemos que esta consistirá en documentación financiera, económica y laboral que demuestren por sí sola la existencia de la crisis y la posibilidad de revertirla mediante el cese colectivo.

Ahora, se presentan muchas dudas y recelos por parte de las empresas cuando deben brindar de forma abierta la información pertinente a sus sindicatos, por temor a proporcionar documentación de carácter reservada o confidencial, cuyo uso o conocimiento público afecte el giro del negocio o su competitividad en el mercado. Lamentablemente, nuestro ordenamiento legal no ha regulado disposiciones vinculadas al deber de información por parte del empleador, sea para determinar la información que la empresa se encuentra obligada a proporcionar, para contemplar los supuestos en los que no procede comunicar a los representantes de los trabajadores información que pudiese perjudicar a la empresa o que, encontrándose la empresa obligada a proporcionarla, se imponga a los representantes de los trabajadores el compromiso de mantener en reserva información confidencial proporcionada.

Esta falta de regulación ocasiona que de forma muy subjetiva se considere que ciertas materias no pueden ser de conocimiento de los trabajadores, dejándose un amplio margen al empleador para que injustificadamente ejerza un inexistente derecho de veto o que, caso contrario, los representantes de los trabajadores empleen de forma indebida y perjudicial la información proporcionada por la empresa, entorpeciendo así el procedimiento de cese colectivo y la posterior negociación que deberá llevarse a cabo.

b) Negociación en trato directo con el sindicato

El literal b) del artículo del artículo 48 del TUO de la LPCL regula la obligación de entablar negociaciones directas con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, a efectos de acordar las condiciones de terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Se precisa, asimismo, que entre estas medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; así como cualquier otra medida que pueda coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.

Cabe recalcar que la etapa de negociaciones directas no sería posible citar tanto a los sindicatos como a cada uno de los trabajadores involucrados, ni solo a los trabajadores involucrados prescindiendo de las organizaciones sindicales, ya que ello configuraría un supuesto de mala fe y evidenciaría ánimos de deslegitimar a la organización sindical como sujeto que representa a los trabajadores. Además, el literal b) del artículo 48 del TUO de la LPCL regula el mandato legal de dar preferencia a la negociación en trato directo con el sujeto laboral colectivo, en desmedro del sujeto individual, negociándose con este solo en aquellos casos en los que no sea posible hacerlo con el primero.

De otro lado, la empresa no se encuentra en la facultad de decidir por sí sola si negociará o no las medidas que puedan limitar o evitar el cese, ya que consideramos que, dada la posible afectación de derechos de los trabajadores, el cese colectivo deberá proceder siempre en última instancia, siendo necesario que se entablen negociaciones con miras a reducir o evitar el impacto del cese. De esta forma, si la empresa lograra acreditar la imposibilidad de adoptar dichas medidas que, incluso adoptándolas, no resultan suficientes para revertir la crisis, tendrá mayores posibilidades de que su solicitud sea declarada procedente en tanto demostrará objetivamente que el cese colectivo representa la última medida viable pendiente de adoptar.

Ahora, deberá tenerse en cuenta que cualquier modificación a las condiciones de trabajo adoptada en el marco de estas negociaciones deberá respetar el principio de irrenunciabilidad de derechos, no siendo posible que –en aras de preservar la continuidad de la empresa– se renuncie al ejercicio de derechos regulados en normas de naturaleza imperativa. El principio de irrenunciabilidad de derechos no operará en los casos en los que la organización sindical pretenda dejar sin efecto algún derecho de titularidad de los trabajadores, ya que solo cabe la disposición de derechos por su titular y no por terceros, sin que ello implique

que el referido acto sea válido. Entonces, ¿qué medidas podrán adoptar los representantes de los trabajadores en el procedimiento de cese colectivo para reducir o evitar la medida? Evidentemente, las medidas por las que pueda optar la empresa serán muy limitadas, encontrándose entre ellas el otorgamiento de vacaciones vencidas o adelantadas, la diminución de turnos, días u horas de trabajo, la modificación de las condiciones de trabajo, el sistema de remuneración del trabajo sin que ello implique etc.

Asimismo, en el marco de la negociación que se entabla dentro del procedimiento de cese colectivo será posible la revisión de convenios colectivos vigentes, sin que ello implique un acto de disposición de derechos irrenunciables y sin que los trabajadores involucrados puedan oponerse a estas medidas en virtud del principio de condición más beneficiosa, ya que los derechos reconocidos por convenio colectivo a los trabajadores individualmente considerados no se contractualizan.

c) Presentación de declaración jurada y pericia de parte

El empleador debe presentar ante la AAT una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada, acompañando una pericia de parte que acredite su procedencia, la cual debe ser realizada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República, lo que dotaría de credibilidad e imparcialidad a los resultados de la referida pericia.

Asimismo, podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el periodo que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de que la AAT realice la verificación posterior. Es pertinente destacar la importancia que dentro del procedimiento de cese colectivo tiene la inspección de trabajo, quien deberá llevar a cabo el control del cumplimiento de la suspensión de trabajo y la verificación de cualquier otra medida que permita a la AAT constatar la existencia (o no) de causas económicas, así como la existencia (o no) de intereses empresariales ilegales.

La AAT deberá poner en conocimiento del sindicato o, a falta de este, de los trabajadores o sus representantes, la pericia de parte presentada por la empresa, dentro de las cuarenta y ocho horas de presentada, tras lo cual los trabajadores tienen un plazo de quince días hábiles para presentar sus respectivas pericias, la cual no requiere ser elaborada por una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República (a diferencia de la pericia presentada por la empresa).

d) Reuniones de conciliación ante la AAT

Vencido el plazo para que los trabajadores presenten su pericia de parte, la AAT debe convocar a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deben llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres días hábiles siguientes. Si bien hay quienes podrían considerar que este plazo es insuficiente, no debemos perder de vista que con anterioridad a esta etapa, la empresa y los representantes de los trabajadores han tenido la oportunidad de negociar de forma directa.

e) Resolución de la AAT

Vencida la etapa de conciliación, la AAT está obligada a emitir pronunciamiento dentro de los cinco días hábiles siguientes, al término de los cuales la solicitud se entenderá por aprobada si no se hubiese emitido la resolución. De esta forma, se ha establecido que operará el silencio administrativo positivo en los procedimientos de cese colectivo, privilegiándose la posición del empleador que se encuentra inmerso en crisis, en desmedro de los trabajadores que se verían perjudicados por el incumplimiento de los plazos por parte de la AAT, sin que se hubiera acreditado la existencia de causa justa que habilite el despido. Asimismo, se afecta el derecho de contradicción de la parte laboral, quien se verá en la paradoja de impugnar una resolución que no fue emitida y de contradecir argumentos inexistentes, dada la ausencia de motivación para la procedencia del cese.

Coincidimos con Blancas Bustamente cuando considera que el establecimiento del silencio administrativo positivo en el procedimiento de cese colectivo constituye una ruptura de la igualdad que deben tener tanto la parte empleadora como la parte laboral en este procedimiento; quien además recalca la imposibilidad jurídica de que el silencio administrativo positivo sea de aplicación en procedimientos trilaterales, en tanto la decisión final repercute directamente en los administrados distintos al peticionario, conforme lo precisa el artículo 1 de la Ley del Silencio Administrativo, Ley Nº 29060 (norma posterior al TUO del LPCL).

En caso de que se emita pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud y sea favorable para la empresa, esta deberá notificar a los trabajadores afectados con la autorización de cese por causas económicas, siendo la notificación la que extinguirá el vínculo laboral. Consideramos que en este caso deberá observarse también el principio de inmediatez, con lo que no sería posible que, una vez notificada la autorización de cese colectivo, la empresa notifique de la procedencia del cese tras haber transcurrido un lapso de tiempo excesivo. Y es que, dado que la AAT emite una "autorización", la empresa podrá optar por cesar a todos los trabajadores involucrados en el procedimiento, cesar solo a algunos o a ninguno. Por

lo que, en caso de demora entre la fecha de notificación que autorizó el cese colectivo y la notificación efectuada al trabajador, deberá entenderse que la empresa reconsideró su decisión de extinguir el vínculo laboral.

Notificada la procedencia del cese colectivo, la empresa deberá poner a disposición de los trabajadores despedidos, los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles, conforme lo indica el artículo 50 del TUO de la LPCL.

IV. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN QUE SE PRONUNCIA FAVORABLEMENTE SOBRE LA SOLICITUD DE CESE COLECTIVO

Los trabajadores se encontrarán en la posibilidad de impugnar judicialmente la procedencia del cese colectivo, debiendo considerar como parte de su estrategia procesal la conveniencia o no de recurrir a una etapa probatoria, a un proceso donde prime la oralidad y/o donde prime lo expeditivo. De esta forma, será posible la impugnación de la resolución que autoriza el cese colectivo, mediante la acción contenciosa administrativa, regulada por la Ley Nº 25784, Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Tal como lo precisa el numeral 4 del artículo 2 de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la demanda de impugnación de la resolución administrativa se tramitará ante un juez especializado de trabajo. Sin embargo, este proceso podría tardar lo suficiente como para que los trabajadores no obtengan una protección oportuna, existiendo vías más expeditivas.

De otro lado, cabe preguntarse cómo deberá ser calificado el despido colectivo, a fin de determinar la procedencia del pago de una indemnización o de la reposición en el puesto de trabajo.

Al respecto, consideramos que el despido deberá ser reputado como arbitrario cuando la empresa hace efectiva la medida sin haber obtenido resolución favorable por parte de la AAT, lo que implicaría la inexistencia de causa justa, por no haber seguido el procedimiento establecido en la norma o que, habiéndolo iniciado, la AAT denegó la solicitud de cese; sin que ello implique la imposibilidad de que, en algunos casos, sea posible que el despido sea calificado como nulo, cuando concurra alguno de los supuestos regulados en el artículo 29 del TUO de la LPCL. De cualquier forma, en el despido incausado los trabajadores podrán optar, alternativamente, por solicitar la reposición en vía ordinaria laboral o la indemnización por despido arbitrario. Si concurriera algún supuesto de despido nulo, los trabajadores afectados podrán solicitar solo la reposición.

Por otro lado, si el despido colectivo ha sido autorizado, pero este afecta derechos laborales individuales y/o colectivo de rango constitucional, o afectaciones al debido procedimiento, podrá iniciarse una acción de amparo impugnando la medida autorizada por la AAT.

V. CONCLUSIONES

La legislación laboral nacional ha previsto la medida de cese colectivo como un mecanismo que permitiría afrontar la crisis económica, procurando que la afectación de derecho a la estabilidad de trabajo de los trabajadores se vea afectado solo ante la existencia de una causa objetiva.

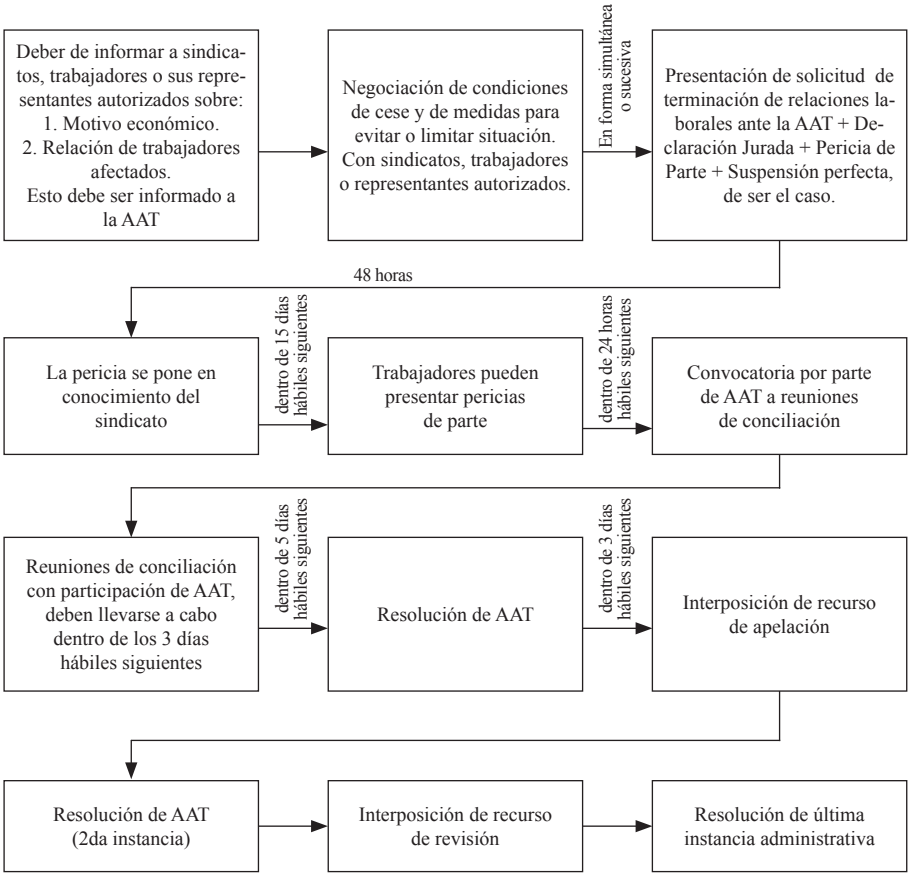
De esta forma, se ha establecido un procedimiento específico que deberá seguir la empresa para obtener la autorización de dar por concluida la relación laboral de al menos el 10 % de sus trabajadores; conjugando las modernas exigencias de la productividad empresarial con el interés del trabajador por el mantenimiento de su puesto de trabajo.

Se observa también cómo es que el propio procedimiento regulado en el TUO de la LPCL limita o imposibilita que el cese colectivo se lleve a cabo sin vulneración de derechos, en tanto coloca un límite cuantitativo excesivo, o carece de regulación específica en algunos aspectos del procedimiento (como sucede con el deber de información, el ámbito subjetivo de la medida de cese colectivo, la prelación de trabajadores que deberán ser involucrados en la medida, etc.).

Finalmente, consideramos que un aspecto importante que deberá ser aclaro en sede administrativa, a fin de evitar que la empresa emplee el cese colectivo por mera conveniencia o utilidad empresarial, se encuentra vinculado a determinar si la procedencia del cese colectivo determina la inexistencia del puesto de trabajo del trabajador cuyo vínculo se extinguió (en cuyo caso no será posible la posterior contratación de personal que ocupe estos puestos, sea de forma directa y/o mediante la tercerización, pues ello evidenciaría que el cese colectivo solo fue un medio para dar por concluidas relaciones laborales que no le resultaban de interés para la empresa, por ejemplo, debido a que la medida buscaba deshacerse de personal contratado a plazo indeterminado y/o sindicalizado), o si solo determina la extinción del vínculo laboral sin que desaparezcan los puestos de trabajo, que podría ser válidamente ocupados al poco tiempo por nuevo personal o por personal tercerizado.

ANEXO

FLUJOGRAMA DE PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN COLECTIVA DE CONTRATOS DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS



DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS AL RÉGIMEN LABORAL DEL DECRETO LEY Nº 22342, LEY DE PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES NO TRADICIONALES[1]

ZÓCRATES RADO PINEDA[2]

INTRODUCCIÓN

El Decreto Ley Nº 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, fue promulgado el 22 de noviembre de 1978, en el Gobierno de Remigio Morales Bermúdez, con el fin de promover las exportaciones de productos no tradicionales, estableciéndose como fundamento de la norma que "el incremento de la exportación no tradicional, especialmente de productos manufacturados contribuirá a fortalecer la Balanza Comercial y de Pagos, permitirá aprovechar la capacidad instalada no utilizada y promoverá mayores oportunidades de inversión y de trabajo"[3].

Es así que, el Decreto Ley Nº 22342 considera como empresa de exportación no tradicional en su artículo 7, solo a aquellas que exporten directamente o por intermedio de terceros, el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida, reconociéndoles un régimen laboral especial, regulado desde su

(1) Artículo que se sustenta en la tesis elaborada por el autor con el título "Análisis jurídico propositivo de los Contratos de Trabajo Sujetos al Régimen Laboral del Decreto Ley Nº 22342, Ley de Promoción de Exportaciones no Tradicionales, Arequipa - UNSA 2011".

(2) Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

(3) Texto extraído de los considerandos expuestos en el Decreto Ley Nº 22342.

artículo 32 hasta el 34, siendo lo trascendente y problemático lo especificado en el artículo 32 literal b) por cuanto establece como prerrogativa de estas empresas, la facultad de contratar personal eventual, cuantas veces sea necesario, sin un límite temporal máximo para sus renovaciones, razón por la cual, estas empresas tienen trabajadores laborando con veinte, quince, diez años de antigüedad.

En la actualidad, este régimen de contratación se justifica por cuanto permite a las empresas de exportación no tradicional responder rápidamente a la fluctuación de la demanda internacional, sujeta a cambios, ya sea por periodos de crisis (año 2008), por decisión del importador, por temporada, por la variación en el gusto de los consumidores, siendo esta la razón por la cual estas empresas no pueden tener a todos sus trabajadores bajo los alcances de un contrato de naturaleza indeterminada.

"Este tipo de exportaciones dependen de la voluntad del cliente del exterior, tanto en volúmenes, estacionalidad y complejidad del pedido, por lo que están sujetas a variaciones constantes que inciden en la cantidad de personal necesario para la producción. Es por ello que requieren suficiente flexibilidad laboral para contratar y prescindir del personal, la cual les permitirá acomodarse a los cambios y ser competitivas"[4], no obstante a pesar de todo ello pueden incurrirse en causales de de desnaturalización que se procederá a determinar.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO SUJETO AL DECRETO LEY Nº 22342 Y SU VIGENCIA

El Decreto Ley Nº 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, en su artículo 32 literal b) como se explicó permite la contratación de personal eventual, cuantas veces sea necesario, con el objeto de cumplir el programa de producción originado por una compra o pedido internacional, este régimen laboral es reconocido en el artículo 80 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, por ende, es un régimen válido y vigente, aún más cuando el Tribunal Constitucional[5] lo reconoce así.

(4) Reflexión democrática extraída del semanario *ComexPerú*, Número 580, semana del 30 de agosto al 5 de setiembre de 2010. Artículo "Lluvia de piedras … una de las que se vienen". En: <www.comexperu.org.pe/semanario.asp>.

(5) Sentencias del Tribunal Constitucional Nº 4153-2010-PA/TC del 11 de abril del 2011, Nº 3353-2010-PA/TC de fecha 19 de enero de 2011, Nº 1148-2010-PA/TC de fecha 5 de noviembre de 2010, y otras más.

El Tribunal Constitucional ha ratificado la vigencia de esta norma en reiteradas Sentencias, indicando en el artículo 80 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que el contrato de trabajo sujeto al régimen laboral de exportación no tradicional, se regula por sus propias normas. De tal forma basta que la industria se encuentre comprendida dentro de los alcances del Decreto Ley Nº 22342 para que proceda la contratación de personal bajo el citado régimen(6). Así el Tribunal en otras Sentencias(7) refiere que al ser la empresa emplazada una empresa exportadora de productos no tradicionales, resulta legítimo que sus trabajadores puedan encontrarse sujetos al régimen laboral especial por el Decreto Ley Nº 22342, siendo válida su aplicación siempre que se cumplan sus requisitos formales y quienes la usen sean empresas de exportación no tradicional.

Esta modalidad de contratación otorga flexibilidad laboral a las empresas contratantes, en específico al momento de la extinción de la relación laboral, sin embargo, debe tenerse cuidado de no vulnerarse derechos constitucionales como el de estabilidad laboral que ha sido determinado por el Tribunal Constitucional, por cuanto es deber de las empresas cumplir con sus obligaciones, cuidando que los contratos respondan a un principio de causalidad temporal.

1. Requisitos de los contratos de trabajo sujetos al Decreto Ley Nº 22342

Este contrato para su validez debe cumplir con ciertos requisitos, señalados en el Decreto Ley Nº 22342 y en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, siendo los siguientes:

- Que la empresa se encuentre comprendida en los alcances del Decreto Ley Nº 22342 (art. 80 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728).

- Ser una empresa de exportación no tradicional que exporte directa o por intermedio de terceros, el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida (art. 7 Decreto Ley Nº 22342).

- La contratación dependerá de: (1) Contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina. (2) Programa de Producción

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. Nº 2900-2008-PA/TC-La Libertad, Sindicato de Trabajadores de la Empresa "Compañía Industrial Textil Credisa Trutex" S.A.A.

(7) STC Exp. Nº 1148-2010-PA/TC-Arequipa, Justina Huillca de Núñez, de fecha 5 de noviembre de 2010; STC Exp. Nº 4153-2010-PA/TC-Arequipa, María Santos Agüero de Torres, sentencia del 11 de abril de 2011.

de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación.

- Los contratos se celebrarán para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario; en cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine, y el contrato deberá constar por escrito y será presentado a la autoridad administrativa de trabajo, para su aprobación dentro de sesenta (60) días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento, se tendrá por aprobado (art. 32 del Decreto Ley Nº 22342).

Requisitos que deben ser cumplidos para que sea válida la contratación, puesto que el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia Nº 4153-2010-PA/TC que estos contratos se desnaturalizarán si es que la empresa contratante no es una empresa de exportación no tradicional, y si no se inserta en el contrato las causas objetivas determinantes de la contratación o no se cumple con los requisitos formales para su validez señalados en el artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342.

2. Derechos reconocidos

"Este régimen laboral especial no afecta derechos constitucionales. Los trabajadores pertenecientes a este régimen especial gozan, al igual que cualquier trabajador, de todos los derechos laborales reconocidos por la Constitución. Así, poseen protección contra el despido arbitrario (...) poseen beneficios sociales (vacaciones, CTS, gratificaciones, EsSalud, pensiones, descanso médico, descanso pre natal y post natal, derecho a la participación de utilidades, etc.)"[8], además tienen derechos colectivos, como son el derecho a la huelga, negociación colectiva y derecho a sindicarse.

La diferencia de los trabajadores de este régimen de contratación con los trabajadores a plazo indeterminado es lo referente a la estabilidad laboral, en el sentido siguiente, los trabajadores de naturaleza indeterminada no están pendientes o a la espera del vencimiento de sus contratos, sin embargo, los trabajadores sujetos a este régimen permanecen laborando mientras subsista la causa objetiva que dio origen a su contrato, es decir, viven pendientes del vencimiento de sus contratos, no teniendo seguridad respecto a la duración de sus contratos, en consecuencia,

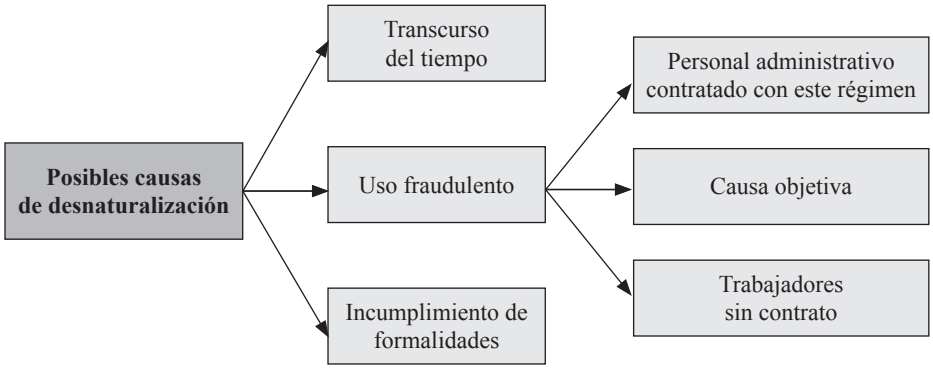
(8) Informe de Reflexión democrática, loc. cit.

siendo un régimen válido se pretende el respeto del principio de causalidad o causa objetiva en la celebración de estos contratos y un uso no fraudulento.

Que, si bien se ha pretendido la derogación de esta norma, considero, en primer lugar, que de ser así se "fomentaría la rigidez laboral, la cual es nefasta no solo para la competitividad de las empresas, sino también para la creación de empleo formal"(9); en segundo lugar, generaría un "desincentivo a la contratación de trabajadores. Eliminar el régimen laboral especial puede hacer que muchos de esos trabajadores, que actualmente pertenecen a ese régimen, no vuelvan a ser contratados. Las empresas exportadoras no querrán contratar nuevamente a los trabajadores de los que ya no podrán desprenderse cuando sus pedidos de mercadería se reduzcan, por ende, su producción y la utilización de mano de obra tengan que disminuir"(10). Y más se fomentará la rotatividad laboral en el sentido de que las empresas despedirán a los trabajadores al vencimiento de sus contratos antes de llegar acumular el plazo máximo de cinco años, no renovándoles sus contratos.

3. Causas de desnaturalización

Para determinar las posibles causas de desnaturalización de este tipo de contrato, se han considerado los procesos judiciales iniciados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa(11), siendo estas las siguientes:



(9) Reflexión democrática, loc. cit.

(10) Ídem.

(11) 35 procesos constitucionales de amparo y 96 procesos ordinarios laborales (Ley Nº 26636 y Ley Nº 29497) iniciados en contra de las empresas textiles Michell & Cía. Inca Tops y Productos del Sur en el periodo comprendido de 2007 al 2010 por ser, en primer lugar, el sector textil donde se han celebrado la mayor cantidad de este tipo de contratos, y en segundo lugar, por ser estas las que tienen un buen número de procesos judiciales iniciados en relación con el uso del régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342.

3.1. El transcurso del tiempo

El fundamento de la parte demandante en el proceso de amparo es que su labor realizada ha sido de manera continua por más de cinco años[12], siendo aplicable a su relación laboral el plazo máximo establecido en el artículo 74 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, por ende, su contrato que ha superado el límite temporal establecido de conformidad con el literal a) del artículo 77[13] de la norma citada, se habría desnaturalizado, convirtiendo su contrato de trabajo en uno de naturaleza indeterminada.

El artículo 80 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 (TUO del D. Leg. Nº 728) recoge y reconoce como válido el Decreto Ley Nº 22342 y señala en el artículo 83 que es aplicable supletoriamente a este régimen de contratación los capítulos V y VIII del Título II del TUO del D. Leg. Nº 728, referido el primero a los requisitos formales para la validez de los contratos y el segundo a los derechos y beneficios de los trabajadores. Conforme se aprecia, no es aplicable supletoriamente a esta modalidad de contratación el capítulo VII que precisa las causas de desnaturalización de los contratos de trabajo y entre una de las causales se encuentra el haber superado la relación laboral el límite máximo establecido en la Ley (arts. 77 y 78).

Sin embargo, este tipo de contrato se vendría desnaturalizando en los procesos judiciales iniciados, observándose que algunos jueces aplican el plazo de cinco años como límite temporal para la duración del contrato de trabajo sujeto al régimen laboral de exportación no tradicional, así en el Proceso Nº 2009-2287-0-0401-JR-CI-02[14] la sentencia de primera instancia arriba a la conclusión de que la relación laboral de la demandante con la demandada ha superado el límite máximo establecido por Ley, es decir, el plazo máximo de cinco años, por ende el contrato de trabajo se encuentra desnaturalizado y se ordena la reposición, en sentido similar se fundamenta el Proceso Nº 2009-2175-0-0401-JR-CI-02[15] que declara fundada la

(12) Los trabajadores de estas empresas en su mayoría sobrepasan los cinco años de trabajo continuos.

(13) Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.

(14) Proceso de amparo iniciado por María Eulogia Panca Ticona de Córdova en contra de la empresa Productos del Sur tramitado en el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, proceso en el cual la recurrente fundamenta un despido incausado, puesto que al haber laborado más de cinco años, su contrato ha sido desnaturalizado habiendo alcanzado la estabilidad laboral, por lo que solo podía ser despedida por causa justa. La sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda es declarada nula por la Primera Sala Civil, al considerar que el aquo debió solicitar como medio probatorio de oficio que la empresa demandada acredite la finalización de la relación laboral con la extinción de los contratos de exportación.

(15) Proceso de amparo iniciado por Oswaldo Mollinedo Ayme en contra de la empresa Productos del Sur tramitado en el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. En este proceso el

demanda de primera instancia, motivándose en ambos procesos la aplicación del límite máximo de duración de cinco años en el contrato de trabajo sujeto al Decreto Ley Nº 22342, por los siguientes criterios:

a) **Criterio de jerarquía:** la Carta Magna vigente consagra el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable (art. 26, inc. 3), conforme a ello tenemos que la norma debe interpretarse en forma favorable al trabajador, siendo así, debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución consagra el derecho a la estabilidad laboral, otorgando adecuada protección al trabajador, desde esta perspectiva (...) con el método de *ratio legis* (...) resulta más favorable al trabajador lo establecido en el Decreto Supremo 003-97-TR (...) no así el Decreto Ley Nº 22342, (...) que resulta más favorable al empleador.

   Este fundamento contiene una motivación[16] aparente y falta de motivación interna en el razonamiento, pues aplica el principio de la norma más favorable, reconocido por la Constitución de 1979 mas no por la Constitución vigente que reconoce el principio *in dubio pro operario,* el que es aplicable en caso exista duda insalvable en la interpretación de una norma, es decir que existiendo varios sentidos en la interpretación de una norma (no un posible conflicto de normas) y aún habiéndose aplicado los métodos de interpretación, persiste la duda, por ende, es posible aplicar determinado sentido en favor del trabajador, pero en este caso el juzgado presenta un conflicto de normas mas no duda insalvable sobre el sentido de la norma.

b) **Criterio de temporalidad:** el juzgador precisa que debe considerarse el hecho que la ley posterior prima sobre la anterior (...) y corresponde aplicar a la contratación que realiza la demandada, las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo Nº 728 Texto Único Ordenado, Decreto Supremo Nº 003-97-TR, por ser una norma posterior a la Ley Nº 22342.

---

demandante fundamenta que por el tiempo laborado, más de cinco años, ha tenido una relación laboral de naturaleza indeterminada. La Tercera Sala Civil confirma la sentencia de primera instancia por otros fundamentos a los esgrimidos en la sentencia del aquo precisando que la empresa demandada no ha acreditado justificación objetiva para extinguir la relación laboral.

(16) Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 728-2008-PHC/TC-Lima, Giuliana Flor de María Llamoja Hilares.

Sin embargo, al analizar las normas referidas por el juzgador se encuentra que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 si bien es posterior al Decreto Ley Nº 22342 reconoce en su artículo 80 la vigencia de este último, señalando que esta norma solo es aplicable en lo que ella establece, es decir el Decreto Ley Nº 22342 se basa en sus propias normas, por lo tanto no existe un conflicto de normas como el juzgador lo plantea.

c) **Criterio de especialidad:** Indica el juzgador que el Decreto Ley Nº 22342 tiene disposiciones de carácter general que tratándose de la contratación modal al estar derogado el Decreto Ley Nº 18138, corresponde aplicar la norma vigente que es especial, es decir el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728.

Y otra vez, el juzgador plantea la existencia de un conflicto de normas, siendo una interpretación errada la indicada, ya que la norma general es el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, el cual por sus propios artículos remite los contratos de exportación no tradicional a una norma especial, el Decreto Ley Nº 22342, debiendo aplicarse esta norma como especial, según sus características.

En forma igual, el Proceso de Amparo Nº 2009-1682-0-0401-JR-CI-01[17] tramitado en el Primer Juzgado Civil, se fundamenta la sentencia de primera instancia en que "al haber sido derogado el Decreto Ley Nº 18138 y con la vigencia del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 se unificó la normativa de contratación de trabajadores sujetos a modalidad, especialmente en cuanto al plazo máximo de contratación temporal, lo que no debe exceder de cinco años conforme a lo previsto en el artículo 74 (...) por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del D. Leg. Nº 728) el contrato de la demandante se considera como un contrato de duración indeterminada por haber excedido el límite máximo permitido".

En el Proceso de Amparo Nº 2009-28-0-0401-JR-CI-10[18], tramitado en el Décimo Juzgado Civil se declara en la sentencia de primera instancia, que si bien las empresas de exportación no tradicional pueden celebrar los contratos con

(17) Proceso de amparo iniciado por Justina Huillca de Núñez en contra de la empresa Productos de Sur, trabajadora que fundamenta haber laborado aproximadamente diez años. La Primera Sala Civil en la sentencia de vista revoca la sentencia de primera instancia y reformándola la declara infundada por haberse suscrito cumpliendo las formalidades y requisitos para su celebración.

(18) Proceso de amparo seguido por Berlín Escobedo Herrera en contra de la empresa Productos del Sur, trabajador que ha venido laborando nueve años aproximadamente.

base en el Decreto Ley Nº 22342, su aplicación no se trata de una isla jurídica, por lo que se aplica supletoriamente el límite temporal establecido en la Ley de Productividad y Competitividad laboral, es decir, el límite de cinco años, por consiguiente su contrato ha sido desnaturalizado.

Sentido contrario a lo señalado, lo establecido en el Proceso Nº 2009-6748-0-0401-JR-CI-10[19] donde la Tercera Sala Civil fundamenta que al contrato laboral sujeto al régimen de exportación no tradicional, no le es aplicable, el plazo máximo de cinco años, para que ocurra la desnaturalización, establecido en el artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, por ser un régimen especial, que goza de protección legal.

La Primera Sala Civil, en criterio similar, precisa en el Proceso de Amparo Nº 2009-680-0-0401-JR-CI-01[20] que si bien los contratos de trabajo sujetos a modalidad del régimen de exportación de productos no tradicionales (…) han sido celebrados entre las partes de común acuerdo por diferentes periodos que suman seis años y cuatro meses, contratos que han sido presentados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, según se advierte de los sellos correspondientes, no han sido desnaturalizados al haber sido realizados entre las partes las veces que ha sido necesario y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 22342, finalizando la relación laboral por el vencimiento del último contrato sujeto a modalidad –exportación no tradicional–.

En suma, se puede inferir que no existe uniformidad por parte del Poder Judicial para establecer si corresponde o no la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a este régimen de contratación por el transcurso del tiempo.

Sin embargo, del análisis normativo se desprende que el artículo 74 (Capítulo VI) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, que fija el límite temporal máximo de duración de los contratos de trabajo sujetos a modalidad en cinco años, no es aplicable supletoriamente a este régimen de contratación, de conformidad con lo señalado en el artículo 83 de la norma referida, por lo tanto, no procede su desnaturalización por el transcurso del tiempo.

(19) Proceso de amparo iniciado por Antonio Chiroque Maza en contra de Inca Tops, trabajador que ha laborado por más de veinte años, solicita el cese de la vulneración a su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, proceso que ha sido declarado fundado en primera instancia, con el argumento del transcurso del tiempo, al haber excedido el límite temporal de cinco años del TUO del Decreto Legislativo Nº 728. Siendo reformada por la Segunda Instancia declarándola infundada.

(20) Proceso de amparo iniciado por Porfirio Chachaque Apaza en contra de la empresa Productos de Sur, trabajador que ha laborado seis años.

Debiendo considerarse que las normas laborales deben ser en favor tanto de los trabajadores como de los empleadores, por ser estos últimos los que con su riesgo generan trabajo, y son los trabajadores los que permiten que ese riesgo se vea materializado en crecimiento económico, debiendo aplicarse las normas en favor de ambas partes.

3.2. Por uso fraudulento

Se entiende por uso fraudulento, aquel que es contrario al ordenamiento jurídico, o que cumpliendo lo establecido en la Ley vulnera derechos por haberse celebrado encubriendo una situación distinta a la realmente plasmada, así se presentan los siguientes supuestos por uso fraudulento:

a) Que existe personal de las empresas demandadas que son personal de administración[21] que no intervienen en el proceso productivo y están siendo contratados mediante el régimen de contratación del Decreto Ley Nº 22342, no obstante esta norma en su artículo 32 prevé que las empresas de exportación no tradicional *podrán contratar personal eventual (...) para atender operaciones de producción,* entonces surge la pregunta ¿si este personal interviene en el proceso productivo? es argumento de defensa de las empresas demandadas que este personal sí interviene en el proceso productivo, ya que son parte del costo de producción y su contrato se ha originado por el incremento de la demanda internacional, por tanto hacen uso de su derecho de contratar personal con las normas vigentes.

   No obstante, debe precisarse que el personal de administración como el personal con contrato de naturaleza indeterminada intervienen en el costo de producción, y si bien su contratación se origina por causa de la demanda internacional, existen otros tipos de contratos, regulados por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, para cubrir esas necesidades de personal.

   Es argumento también de la defensa que estos contratos son aprobados por el Ministerio de Trabajo, no obstante, este solo revisa que los contratos reúnan las formalidades, mas no revisa si la función a desempeñar por el trabajador es parte o no del proceso productivo.

(21) Empleados y obreros que son contratados como personal de administración que no intervienen en el proceso productivo Administrador de Agencias, Jefe de Recursos Humanos, Secretaria, Jefe de Tiendas Arequipa, Contador, Asistente de Ventas de Contabilidad, Asistente de Administración de Agencia, Vigilantes, encargado de ventas nacionales, encargado de planillas.

El régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342 conforme a su artículo 32 sirve para contratar personal eventual para atender operaciones de producción, fundado en la fluctuación de la demanda internacional, el que por interpretación es para personal que interviene en el proceso productivo y no personal propiamente de administración, puesto existe personal que sí interviene en el proceso productivo pero está considerado como personal de administración como son el operador de montecarga, ayudante de almacén, acopiador y otros(22).

En consecuencia, es necesario, plantear y aclarar la norma en el sentido siguiente, solo se debe contratar personal bajo este régimen si interviene en el proceso productivo, y se debe recomendar a la Dirección General de Inspección del Trabajo haga uso de sus funciones, para controlar si estas empresas vienen contratando personal de administración con esta modalidad de contratación(23).

b) Antes de analizar este punto, respecto al cumplimiento del principio de causalidad se apunta que el contrato de trabajo sujeto al Decreto Ley Nº 22342, al igual que el Contrato Administrativo de Servicios(24), es un contrato laboral especial, por lo tanto reúne las características del contrato de trabajo como son la subordinación, remuneración y prestación personal, permitiendo el acceso a un puesto de trabajo por parte de cualquier persona. Mencionado ello, el problema es que en los contratos celebrados entre las empresas demandadas y los trabajadores, solo se señalan los números de contratos que originan el mismo (Productos del Sur e Inca Tops) en algunos casos se señala el número de contrato y la empresa contratante (Michell) pero no se señala la cantidad demandada ni el tiempo en que se va cumplir, es decir, no se disgrega en los contratos cuál es la empresa que compra, la cantidad, el tiempo de cumplimiento, duración del programa de producción, notándose aún más esta deficiencia en las prórrogas de los contratos, donde solo se hace referencia al tiempo de prórroga

(22) Comprador, Jefe de Compras de Materia Prima, Asistente de almacén, Encargado de Almacenes de Materia Prima, Asistente de Producción, Encargado de Compras, Ejecutivo de ventas internacionales, Volante, Tejedor.

(23) Entonces con qué tipo de contrato debe ser contratado este personal, pudiendo ser trabajadores de naturaleza indeterminada, sin embargo, al producirse por causas temporales pueden celebrarse los contratos por necesidades del mercado.

(24) Considerado así en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 00002-2010-PI/TC-Lima, más de 5000 ciudadanos, se establece que el Decreto Legislativo número 1057 (es) entendido a partir de esta sentencia, como un régimen especial laboral, distinto de los ya existentes.

del contrato de trabajo y al número de orden de compra o contrato de exportación que justifica su celebración, pero que difieren de los contratos de exportación u órdenes de compra indicados en el primer contrato, es decir, se prorroga la relación laboral con base en nuevos contratos de exportación, por ende es menester reafirmar el cumplimiento del principio de causalidad en la celebración de esta modalidad de contratación.

Por ejemplo, en los Procesos Nºs 2009-6449-0-0401-JR-CI-11[25] y 2009-6845-0-0401-JR-CI-11[26], se declara fundada la demanda, porque en las prórrogas de los contratos no se consignó el contrato de exportación, orden de compra o documento que lo originaba, por consiguiente al no demostrarse la causa objetiva que justifique su celebración, se colige la desnaturalización de la contratación del demandante bajo esté régimen.

En el Proceso Nº 2009-5938-0-0401-JR-CI-08[27] se declara fundada la demanda de primera instancia, por aplicación del principio de la primacía de la realidad, quedando demostrado que la empresa demandada no ha acreditado los contratos de exportación u órdenes de compra, que originaron la contratación del demandante por más de doce años, en similar sentido la sentencia de primera instancia recaída en los Procesos Nºs 2009-6748-0-0401-JR-CI-10[28], 2009-7523-0-0401-JR-CI-06[29] y 2009-5286-0-0401-JR-CI-10[30] se

(25) Proceso de amparo iniciado por Carlos Alberto Herrera Lizárraga en contra de la empresa Inca Tops, tramitado en un inicio en el Décimo Primer Juzgado Civil (actualmente desactivado) y actualmente en el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. La Primera Sala Civil revoca la sentencia de primera instancia y reformándola la declara infundada por no ser aplicable al caso la normatividad relativa a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo Nº 728, como lo hace la sentencia apelada, por la naturaleza especial de estos contratos los que se regulan por las propias normas del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley Nº 22342.

(26) Proceso de amparo iniciado por Jorge Adalberto Puma Tito, en contra de la empresa Inca Tops, tramitado en el Décimo Primer Juzgado Civil (actualmente desactivado) actualmente en el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

(27) Proceso de amparo iniciado por Francisco Zarate Flores en contra de la empresa Inca Tops, tramitado ante el Octavo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. La Primera Sala Civil revoca la sentencia de primera instancia y reformándola la declara improcedente, por no poder coexistir en un mismo tiempo reclamaciones de garantía constitucional con acciones planteadas ante el fuero ordinario.

(28) Proceso de Amparo iniciado por Antonio Chiroque Maza en contra de la empresa Inca Tops, tramitado ante el Décimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

(29) Proceso de Amparo iniciado por Diego Ismael Arisaca Delgado en contra de la empresa Inca Tops, tramitado ante el Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

(30) Proceso de Amparo iniciado por Gumercindo Quispe Tito en contra de la empresa Inca Tops, tramitado ante el Décimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

declara fundada la demanda, puesto que si bien la empresa demandada ha celebrado contratos de trabajo sujetos al Decreto Ley Nº 22342, para contratar personal eventual, sin embargo no justifican la causa objetiva determinante de la contratación a plazo determinado.

En los Procesos Nºs 2009-6902-0-0401-JR-CI-03[31], 2009-5374-0-0401-JR-CI-03[32] y 2009-5951-0-0401-JR-CI-03[33] se fundamenta la sentencia de primera instancia, en que se ha probado en el contrato de trabajo entre el demandante y la demandada la existencia de un contrato laboral en cargo de naturaleza permanente[34], sujeto a subordinación y remuneración, ya que según el juzgador no resulta razonable que el trabajador haya laborado más de veintidós años con contrato sujeto a modalidad, resultando un uso abusivo del derecho la situación que el trabajador haya laborado tanto tiempo sin respetarse su derecho a la estabilidad, pero como se hizo referencia, este contrato, es un contrato laboral especial, en el cual no se debe discutir o buscar la existencia de falta de subordinación, prestación personal o remuneración (porque estos requisitos si los tienen) sino buscarse el incumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley y la falta de indicación de la causa objetiva en el contrato, así tampoco si se realizó funciones permanentes o transitorias, sino si su labor es parte o no del proceso productivo.

En la sentencia de vista recaída en el Proceso Nº 2009-5314-0-0401JR-CI-11[35]la Cuarta Sala Civil es clara y no distingue la función desempeñada por el demandante, no haciendo mención al carácter permanente o temporal de la función desempeñada, sino al desempeño de labores netamente productivas o no.

(31) Proceso de amparo iniciado por Luis Alberto Pacheco Coloma en contra de la empresa Inca Tops seguido en el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

(32) Proceso de amparo iniciado por Juan Alfredo Cabana Ticona en contra de la empresa Inca Tops seguido ante el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. La Cuarta Sala Civil revoca la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda y reformándola la declara improcedente por no tener el proceso de amparo etapa probatoria.

(33) Proceso de Amparo iniciado por Marlene Jesús Texi Begazo en contra de la empresa Inca Tops seguido al Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

(34) En el Proceso de Amparo Nº 2009-5716 iniciado por Marco Antonio Aguilar Aguilar en contra de la empresa Inca Tops se fundamenta la desnaturalización del contrato de trabajo en la función permanente desempeñada por el demandante.

(35) Proceso de amparo seguido por Miguel Ángel Manrique Huamaní en contra de la empresa Inca Tops.

En los Procesos Nºs 2009-6917-0-0401-JR-CI-07 y 2010-211-0-0401-JR-CI-07[36] en los cuales se declara fundada la demanda en primera instancia, fundamenta el juzgador, por existir un ejercicio abusivo del derecho por parte de las empresas en contratar trabajadores bajo el régimen del Decreto Ley Nº 22342, por las siguientes razones: que *la demandante ha laborado durante casi veinte años a (sic en) favor de la demandada* (en el primer caso) *y dieciocho años* (en el segundo) *y su contrato no ha sido renovado justamente cuando han iniciado un proceso judicial en contra de la demandada, este juzgador forma presunción judicial que la causa de no renovación de contrato ha sido justamente la existencia de dicho proceso laboral (...) ahora es cierto que no existe obligación de un empleador de renovar un contrato de trabajo, pero también es cierto que no se puede permitir en un Estado Constitucional de Derecho que una empresa, aprovechando un régimen legal favorable pueda contratar a un trabajador veinte años (*primer caso) y *dieciocho* (segundo caso) *y luego no renovar su contrato justamente cuando participa en un proceso judicial contra su empleador. Lo anterior lleva a presumir judicialmente la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de la demandada, proscrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y 103 de la Constitución del Estado.*

En estos casos, al declararse fundada la demanda, surge la discusión si la no renovación del contrato de trabajo obedece a que la causa objetiva, que dio origen al contrato, ya no existe, dejándose en claro que la cantidad de años laborados en este régimen no garantiza la estabilidad laboral o si se ha producido un ejercicio abusivo del derecho por haber iniciado el trabajador un proceso judicial, ya que lo que garantiza la existencia del contrato de trabajo es el cumplimiento del principio de causalidad.

En sentido contrario a las sentencias referidas, la Sentencia de Vista recaída en el Proceso Nº 2009-5950-0-0401-JR-CI-12[37] expedida por la Tercera Sala Civil, refiere que mientras en los contratos de trabajo sujetos al régimen de exportación no tradicional se encuentre

(36) Procesos de amparo iniciados por María Santos Agüero Rodríguez y Luis Enrique Llerena Flores en contra de la empresa Inca Tops respectivamente.

(37) Proceso de Amparo seguido por Zacarías Moisés Torres Alfaro en contra de la empresa Inca Tops.

justificada su celebración en una causa objetiva, no constituye abuso alguno ni falta de equidad al estar regulada la eventualidad de su contratación en atención a la naturaleza de la regularidad o no de las exportaciones que atiende la demandada.

Por lo tanto, con base a lo explicado es fundamental, que en el contrato celebrado con este régimen de contratación se indique la causa objetiva que le dio origen y se cumpla con los requisitos de ley, de no ser así, se desnaturalizaría su uso. Por ejemplo, en el caso tramitado ante el Tribunal Constitucional Nº 4153-2010-AA/TC, la Segunda Sala Civil, revoca la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda y reformándola la declara improcedente, por carecer el proceso de amparo de etapa probatoria, sin embargo el Tribunal se pronuncia y precisa que en los contratos celebrados por la demandante, se aprecia el cumplimiento de los requisitos formales para su validez así como la causa objetiva por la cual se contrata, es decir se específica el contrato de exportación que originó la celebración del contrato, por ende el contrato de trabajo sujeto al régimen de contratación del Decreto Ley Nº 22342 es válido y no se habría producido un uso fraudulento.

c) También se aprecia un uso fraudulento, cuando las empresas demandadas tienen trabajadores laborando sin contrato, o que vencido el mismo sigan laborando, esta situación se configuraría con base en lo fundamentando por el Tribunal Constitucional en el Proceso Nº 1951-2011-AA/TC, donde se declara fundada la demanda interpuesta por Natalio Arpi Cruz, considerando en el proceso que no se ha acreditado la celebración del contrato de exportación no tradicional en determinados periodos de tiempo.

Así se tiene, en el Proceso Nº 2008-8944-0-0401-JR-CI-01[38] se determina que la recurrente laboró sin contrato un mes, determinando que su contrato de trabajo con base en el principio de primacía de la realidad se considera desnaturalizado, por ende uno de naturaleza indeterminado, siendo declarada fundada la demanda en primera instancia y confirmada en segunda instancia.

(38) Proceso de amparo seguido por Gloria Ascencia Condori Ticona tramitado ante el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

En el Proceso Nº 2009-467-0-0401-JR-CI-05[39], de forma igual, la sentencia de primera instancia declara fundada la demanda, al haber laborado la demandante sin contrato de trabajo, y por el haberle hecho suscribir la demandada posteriormente el contrato de trabajo sujeto al régimen de exportación no tradicional.

Por consiguiente, si bien por las normas vigentes no sería aplicable el inciso a) del artículo 77 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, sin embargo, con base en lo referido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Nº 1951-2011-AA/TC, se viene amparando este fundamento como causal de desnaturalización, no obstante debe aclararse la norma en ese sentido y conforme a lo anterior establecerse las causales de desnaturalización de estos contratos, para generar en el trabajador y el empleador seguridad jurídica laboral.

3.3. Incumplimiento de formalidades

Las formalidades para la celebración del contrato de trabajo sujeto al régimen del Decreto Ley Nº 22342 son las siguientes:

a) Que, la empresa sea de exportación no tradicional, y exporte directamente o por intermedio de terceros el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida.

b) En cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que lo origine.

c) El contrato deberá constar por escrito y será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, para su aprobación dentro de sesenta días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento se tendrá por aprobado.

Así, en los procesos analizados se tiene que en el Proceso Nº 2009-5939-0-0401-JR-CI-01 seguido por Marco Natalio Arpi Cruz en contra de Inca Tops, tramitado en el Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Arequipa, se declara fundada la demanda, por no obrar en autos los contratos de trabajo anteriores al año dos mil ocho, entonces al no demostrarse la justificación de los contratos sujetos a modalidad, considera el juzgador que es un contrato de naturaleza

(39) Proceso de amparo seguido por Gabriela Luzgarda Soncco Challo en contra de la empresa Productos del Sur.

indeterminada, no obstante la Sala Superior revoca la sentencia y la declara infundada la demanda por considerar que se han celebrado los contratos modales del demandante bajo el régimen de exportación de productos no tradicionales previsto en el Decreto Ley Nº 22342 cumpliendo los requisitos exigidos por Ley, sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. Nº 1561-2011-AA declara fundada la demanda por no obrar en autos todos los contratos correspondientes a los años 2004 y 2007 ni los contratos de los años 2005 y 2006, no corroborándose si en estos se habría cumplido o no con consignar la causa objetiva determinante de la contratación del régimen laboral especial del Decreto Ley Nº 22342 previstas en el artículo 32, requisito esencial para la validez de este régimen de contratación, configurándose en este caso, la desnaturalización de la contratación laboral sujeta al régimen de exportación no tradicional.

En ese orden de ideas, en los procesos judiciales, se debe demostrar que la empresa sea de exportación no tradicional, debidamente acreditada así por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, de no ser así la empresa no podría suscribir contratos sujetos a esta modalidad. Con relación al punto b) que señala que debe especificarse en cada contrato la labor a efectuarse y el número de contrato de exportación, este resulta insuficiente para garantizar el principio de causalidad, al no establecerse en forma clara, en la celebración del contrato, cuál es la causa objetiva que le dio origen (solo se hace mención a los números de contratos de exportación u orden de compra) no siendo preciso respecto a la empresa que compra, la cantidad, duración del programa de producción, lo que no satisface la necesidad del trabajador de saber cuánto tiempo puede durar su contrato, por esa razón, como medio para facilitar la celebración de este tipo de contrato, celebrado mes por mes con los trabajadores, debe hacerse un formato para su mejor seguimiento, en el que debe disgregarse las características de esta clase de contrato, como es el tiempo de duración del programa de producción, la cantidad demandada, la empresa contratante, la función a desempeñar del trabajador, tiempo de duración del contrato de trabajo.

Es importante el cumplimiento de estas formalidades, puesto que el Tribunal Constitucional en diferentes Sentencias Nºs 1148-2010-AA/TC, 3353-2010-AA/TC, 3588-2010-AA/TC, 3842-2010-AA/TC, 3843-2010-AA/TC establece que se desnaturalizaría esta modalidad de contratación si la empresa no acredita ser de exportación no tradicional, si no consigna la causa objetiva que justifique la celebración del contrato sujeto a esta modalidad y por no cumplir las formalidades prescritas en el artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342.

Por otro lado, de los procesos analizados, vía proceso ordinario laboral o proceso de amparo, se aprecia que no obran en autos, documentos que acrediten

que la empresa demandada exporte el 40 % de su producción anual efectivamente vendida, salvo en algunos en los cuales los jueces solicitan a la empresa demandada presente la documentación respectiva respecto al volumen y porcentaje de producción dedicado a la exportación y al mercado interno, presentando las empresas demandadas informes elaborados de parte, donde informan que si exportan más del 40 % de su producción anualmente efectivamente vendida, no obstante debe recomendarse para un mejor análisis de estos procesos que al momento de sentenciar obre en autos[40] informe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de las ventas anuales de las empresas demandadas y obre además informe de Aduanas del consolidado de exportaciones realizado, para que de esa forma se determine si las empresas de exportación vienen exportando el 40 % de su producción anual efectivamente vendida.

Posición del Tribunal Constitucional

En el Tribunal Constitucional existen los Procesos Nºs 105-2011-AA/TC (Pablo Pascual Rojas Román en contra de Inca Tops); 1148-2010-AA/TC (Justina Huillca de Núñez en contra de Productos del Sur); 3353-2010-AA/TC (Juan Alfredo Cabana Ticona en contra de Inca Tops); 3588-2010-AA/TC (Demetrio Parillo Pancca en contra de Inca Tops); 3842-2010-AA/TC (Francisco Ernesto Zárate Flores en contra de Inca Tops); 3843-2010-AA/TC (Marlene Jesús Texi Begazo en contra de Inca Tops); 4049-2010-AA/TC (Juan Pacheco Zegarra en contra de Inca Tops); 4153-2010-AA/TC (María Santos Agüero de Torres en contra de Inca Tops) el Tribunal Constitucional declara infundada las demandas de amparo, dando a entender, *no lo señala explícitamente así,* que el contrato sujeto al régimen del Decreto Ley Nº 22342 solo se desnaturalizaría si la empresa que los celebra no es una empresa de exportación no tradicional, cuando no se especifique la causa objetiva en el contrato celebrado o no se cumpla con las formalidades prescritas en el artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342.

El Tribunal declara fundada la demanda en el Proceso Nº 1561-2011-AA/TC seguido por Natalio Arpi Cruz en contra de Inca Tops por no acreditarse la existencia de contratos de trabajo del demandante en determinados periodos de tiempo, no pudiendo presumirse que se han celebrado los contratos de exportación no tradicional con base en una causa específica o se haya señalado cuál es la causa específica que le dio origen. En igual sentido, en el Proceso Nº 2924-2010-AA/TC seguido por Hugo Primitivo Marín Sullca en contra de Productos del Sur

(40) La forma que obren dichos documentos en autos, es que la parte demandante lo ofrezca como medio probatorio, ya sea presentándolo u ofreciéndolo como informe que expedirán las respectivas instituciones, y, por otro lado, de oficio el juez para mejor resolver puede solicitar dichos informes.

se declara fundada la demanda con voto discordante del vocal Gerardo Eto Cruz quien considera que la demanda es infundada por reunir los contratos de trabajo las formalidades exigidas y por indicarse la causa objetiva del contrato de trabajo, no obstante se declara fundada la demanda, porque en algunos contratos celebrados no se observa que se especifique la labor que debía prestar el demandante, así como el número de contrato de exportación que dio origen a la celebración del contrato, en consecuencia se declara que el contrato celebrado entre el recurrente y la demandada es uno de naturaleza indeterminada y se ordena su reposición.

En conclusión, de manera implícita el Tribunal Constitucional reconoce la vigencia de esta norma y su validez, permitiendo que las empresas de exportación no tradicional que cumplan con las formalidades requeridas en la norma puedan contratar trabajadores eventuales cuantas veces sea necesario sin límite temporal.

II. CONCLUSIONES

1. El régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342, está vigente, es válido y es reconocido por el Tribunal Constitucional, siendo un régimen laboral especial, determinándose en la relación laboral la prestación personal de servicios, subordinación y remuneración.

2. Se ha establecido como posibles causales de desnaturalización del contrato de trabajo sujeto al régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342 las siguientes: Transcurso del tiempo, uso fraudulento e incumplimiento de formalidades.

3. La desnaturalización por el transcurso del tiempo del contrato de trabajo en esta modalidad de contratación, no es aplicable, a pesar de haberse fundamentado en ese sentido en algunas sentencias *ut supra* analizadas, debido a que la naturaleza de los contratos laborales de este régimen de contratación son por naturaleza de carácter eventual y por el tiempo que resulte necesario, garantizando la estabilidad laboral de los trabajadores sujetos a este régimen la subsistencia de la causa objetiva que dio origen a sus contratos.

4. La desnaturalización del contrato de trabajo en este régimen de contratación por uso fraudulento sí es aplicable, en las siguientes circunstancias:

    - Por tener las empresas de exportación no tradicional trabajadores laborando sin contrato.

- Por contratar personal administrativo que no interviene en el proceso productivo con el régimen laboral del Decreto Ley Nº 22342, por ser este régimen para el personal que interviene en el proceso productivo y no por ejemplo para contadores, administradores, jefe de agencias y otros más, debiendo estos ser contratados si es que la situación así lo establece mediante un contrato sujeto a modalidad conforme al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728.

- Por no especificarse la causa objetiva que justifica los contratos de trabajo sujetos a esta modalidad de contratación.

6. La desnaturalización del contrato de trabajo en este régimen de contratación se produce por incumplimiento de las formalidades requeridas para su celebración.

7. Con el objetivo de ampliar y aclarar el artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342 es necesario determinar las causales de desnaturalización de este tipo de contrato, con base en lo expuesto se establecen las siguientes: a) Por encontrarse un trabajador laborando sin contrato de trabajo; b) Por no indicarse en los contratos de trabajo la causa objetiva que le dio origen, precisando la empresa que compra, la cantidad demandada, el número de contrato de exportación u orden de compra o pedido que dio origen al contrato; duración del programa de producción, duración del contrato de trabajo y la función o labor del trabajador. c) Por contratar trabajadores con este régimen para funciones administrativas u otras que no son parte del proceso productivo; d) Por incumplimiento de las formalidades descritas en los artículos 7 y 32 del Decreto Ley Nº 22342.

8. Se ha determinado también de los procesos analizados, que en los contratos celebrados bajo el régimen de exportación no tradicional no se señala la causa objetiva que dio origen al contrato, no obstante en algunos contratos si se ha indicado el número de contrato de exportación, orden de compra que dio origen al contrato, lo que resulta insuficiente, debiendo indicarse el número de contrato de exportación, orden de compra o pedido, empresa que lo demanda, la cantidad, el tiempo aproximado que durará el programa de producción, la función que desarrollará el trabajador y el tiempo que es contratado con el objetivo de dar un cabal cumplimiento a este principio.

9. De ser así, se fomentará el acceso a puestos de trabajo, no generando la rotatividad laboral del personal, garantizando la estabilidad laboral de los trabajadores mientras subsista la causa que dio origen a sus contratos.

III. SUGERENCIAS

1. Debe aclararse el artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342 en el sentido de que este régimen de contratación sirve para la contratar personal eventual cuantas veces sea necesario, siempre que sea personal que intervenga en el proceso productivo y no personal netamente administrativo.

2. Debe modificarse el literal c) del artículo 32 del Decreto Ley Nº 22342 indicándose de manera obligatoria en cada contrato los siguientes datos, con relación al cumplimiento del principio de causalidad:

   - Empresa importadora del producto de exportación no tradicional
   - Número del contrato de exportación, orden de compra o documento que origine la venta.
   - Cantidad demandada
   - Tiempo de duración del programa de producción para el cumplimiento del contrato de exportación, orden de compra o documento que lo origine.
   - Tiempo de duración del contrato de trabajo celebrado.
   - Función a desempeñar por el trabajador

3. Para un mejor seguimiento del contrato de trabajo se recomienda la elaboración de un formato con los datos precisados en el punto anterior, dejando las demás cláusulas a voluntad de las partes respetando siempre el principio de irrenunciabilidad.

4. Se recomienda que en los procesos judiciales donde se haya demandado o demandará la desnaturalización del contrato de trabajo por el uso de esta modalidad de contratación, obre en autos informe de la Superintendencia de Administración Tributaria indicando la cantidad de lo vendido anualmente por la empresa demandada y obre informe de Aduanas respecto al volumen de exportación anual de la empresa demandada.

5. Debe recomendarse a los operadores de justicia, que la aplicación de la legislación laboral no debe inclinarse a proteger a la parte débil de la relación laboral, sino por el contrario, debe buscarse proteger tanto al empleador como el trabajador, puesto que gracias al riesgo asumido por el primero en emprender una empresa, crea puestos de trabajo que beneficia al otro lado de la relación laboral, el trabajador.

EL DESPIDO FRAUDULENTO POR VIOLENCIA MORAL O INTIMIDACIÓN

SEBASTIÁN SOLTAU SALAZAR[1]

ALFONSO HIGA GARCÍA[2]

I. EL DESPIDO FRAUDULENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La figura del despido fraudulento fue creada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en el año 2002, con motivo de un caso en el que una trabajadora solicitaba su reposición por haber sido obligada a firmar una carta de renuncia[3].

No nos encontramos, pues, ante una modalidad de despido que haya sido creada por el legislador y que, por ende, esté plasmada expresamente en alguna norma laboral vigente (a diferencia, por ejemplo, del despido arbitrario[4]).

---

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Procesal del Trabajo en la Universidad de Piura y el Centro de Educación Continua de la PUCP. Asociado del área laboral de Miranda & Amado Abogados.

(2) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia del curso de Derecho Laboral General en la PUCP. Asociado del área laboral de Miranda & Amado Abogados.

(3) Sentencia recaída en el Exp. Nº 00628-2001-AA/TC, del 10 de julio de 2002. Si bien ninguno de sus fundamentos contiene la expresión "despido fraudulento", el propio TC ha señalado que esta modalidad aparece implícitamente con dicha sentencia (f. j. 15 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 00976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003).

(4) En nuestra opinión, el despido fraudulento es una modalidad del despido arbitrario regulado por el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Esta posición es compartida por la Corte Suprema de Justicia de la República, que en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral

No obstante ello, desde la difusión de las conclusiones del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, nadie discute la viabilidad de que un juez laboral ordene la reposición en un caso de despido fraudulento, a pesar de que la controversia no haya sido dilucidada en un proceso constitucional de amparo.

Ahora bien, ¿cuál es la definición de despido fraudulento que maneja el TC? En el f. j. 15 de la sentencia recaída en el Exp.Nº 00976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003, encontramos una que es utilizada hasta la fecha y que, por cierto, forma parte del precedente vinculante Baylón Flores (sentencia recaída en el Exp. Nº 00206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005):

> "Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exps. Nºs 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. Nº 628-2001-AA/TC) o mediante la 'fabricación de pruebas'".

Como se puede apreciar, existen varias modalidades de despido fraudulento que resumimos a continuación:

DESPIDO FRAUDULENTO	
Rasgo común: Ánimo perverso y auspiciado por el engaño del empleador.	
Primera modalidad	Imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.
Segunda modalidad	Atribución de una falta no prevista legalmente (vulneración del principio de tipicidad).
Tercera modalidad	Extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad.
Cuarta modalidad	Extinción de la relación laboral mediante la "fabricación de pruebas".

Con relación a las modalidades identificadas por el TC, consideramos pertinente hacer dos comentarios:

ha establecido que las demandas de reposición por despido fraudulento se sujetan al plazo de caducidad de treinta (30) días hábiles, previsto en el artículo 36 del cuerpo normativo citado.

(i) Pareciera que la primera y la cuarta modalidad se refieren al mismo supuesto de hecho, en la medida que si un empleador recurre a la "fabricación de pruebas" para –por ejemplo– imputar una falta grave, muy probablemente tal imputación se base en hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.

(ii) Si entendemos que el despido es la "extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador"[5], no parece adecuado que este término sea empleado para referirse a situaciones en las que, en estricto, se cuestiona la eficacia de actos unilaterales del trabajador (por ejemplo, la renuncia) o de actos bilaterales (por ejemplo, un mutuo disenso). En estos casos, con el fin de evitar equívocos, hubiera sido preferible que el TC no utilizara el término "despido" y simplemente reconociera la posibilidad de ordenar la reposición de un trabajador cuando el acto jurídico que extinguió su relación laboral fue celebrado con vicio de la voluntad y, por ende, es anulable.

A lo largo de la presente ponencia, vamos a centrar nuestro análisis en una de las submodalidades de despido fraudulento por vicio de la voluntad: el despido fraudulento por violencia moral o intimidación. Hablamos de submodalidades, ya que el Código Civil regula más de un vicio de la voluntad que constituye causal de anulabilidad del acto jurídico (la violencia moral o intimidación, el error y el dolo).

Sin perjuicio de esto último, queremos resaltar que como el ordenamiento laboral no regula el despido fraudulento por vicio de la voluntad, corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código Civil para determinar cuándo nos encontramos frente a una renuncia o un mutuo disenso anulables[6]. Solo cuando se cumplan todos los requisitos legales para la configuración

(5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Jurista Editores, Lima, 2013, p. 65.

(6) Al respecto, Neves Mujica explica que "en nuestro sistema jurídico, el Derecho Civil es supletorio del Derecho del Trabajo, siempre que no haya incompatibilidad de naturaleza (art. IX T.P. Cód. Civ.). Si no existiera una norma laboral que rigiera un hecho, ¿deberíamos acudir primero al campo civil, definido como supletorio, a indagar por una respuesta?, ¿o deberíamos quedarnos en el campo laboral e intentar encontrarla antes aquí, mediante la analogía o los principios generales? Pensamos que lo más técnico sería utilizar primero la supletoriedad del Derecho Civil, dado que por esta vía tendremos una norma aplicable vinculada con la laboral por envío previo y expreso, y después, acudir a la analogía o, por último, a los principios generales, que nos proporcionarán una norma o criterio aplicable, respectivamente, encontrados en forma posterior a la constatación del problema". En: NEVES MUJICA, Javier. "Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral". En: *Derecho PUCP*, Nº 43-44, Lima, 1989-1990, p. 293.

del vicio de la voluntad invocado (por ejemplo, tratándose de un error vicio o en la formación de la voluntad, que este sea esencial y conocible), podrá ordenarse la reposición por despido fraudulento.

En nuestra opinión, esta aplicación supletoria del ordenamiento civil a hechos laborales (la renuncia y el mutuo disenso) no admite cuestionamiento alguno, al no existir incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados (en los supuestos mencionados, ambos tratan a los contratantes como iguales)[7].

II. EL DESPIDO FRAUDULENTO POR VIOLENCIA MORAL O INTIMIDACIÓN

Decíamos que el ordenamiento laboral no regula el despido fraudulento por vicio de la voluntad, razón por la cual –como ya fue explicado– es preciso recurrir a las disposiciones pertinentes del Código Civil. Si nos encontramos frente a un caso en el que se afirma que medió violencia moral o intimidación en una renuncia o un mutuo disenso, corresponderá analizar los hechos a la luz de lo dispuesto por el artículo 214 y siguientes del Código Civil, cuyos alcances comentamos a continuación.

1. La violencia moral o intimidación como causal de anulabilidad del acto jurídico en el Código Civil

El artículo 214 del Código Civil establece que "la violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él".

Con relación a esta disposición, debemos aclarar que los términos "violencia" e "intimidación" tienen que ser entendidos como sinónimos, ya que ambos se refieren a "la violencia moral o intimidación, llamada vis compulsiva, consistente en infundir temor para obtener, por ese medio, la declaración de voluntad"[8]. Esto quiere decir, que el artículo 214 del Código Civil regula un único supuesto de anulabilidad del acto jurídico.

(7) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 155.

(8) 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, 2003, p. 262.

La violencia física, "que consiste en forzar materialmente a la parte (o a una de las partes) a expresar cierta voluntad"[9], no constituye un vicio de la voluntad que tenga por consecuencia la anulabilidad del acto jurídico. En realidad, esta configura el supuesto de nulidad del acto jurídico previsto en el numeral 1 del artículo 219 del Código Civil, ya que "no existe en este caso ni voluntad declarada ni voluntad de declarar, por lo cual no se trata de un vicio de la voluntad sino de una falta de declaración de voluntad"[10].

Ahora bien, dado que el artículo 214 del Código Civil únicamente regula la violencia moral o intimidación, el artículo 215 desarrolla sus alcances de la siguiente manera:

> "Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros".

Como se puede apreciar, se exige que el mal al que se refiere la amenaza sea inminente o, lo que es lo mismo, que sea próximo, lo que guarda estrecha relación con el hecho de que debe ser cierto, es decir que "debe ser susceptible de producirse si el amenazante no lo evita"[11].

También deberá ser grave, ya que la intimidación debe ser determinante para la formación viciada de la voluntad del afectado[12]. En esta línea, deberá constatarse que el acto jurídico no hubiera sido celebrado de no haber existido la presión derivada del comportamiento intimidatorio de la contraparte o de un tercero.

Por otro lado, el mal materia de la amenaza deberá recaer sobre el afectado, su cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y/o en los bienes de unos u otros; mientras que, cuando se trate de otras personas y/o bienes, el órgano jurisdiccional deberá analizar si son lo suficientemente relevantes para provocar que el afectado adopte la decisión de celebrar un acto jurídico que rechaza[13].

---

(9) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Título IX. Nulidad del Acto Jurídico". En: AA.VV. (Directores Walter Gutiérrez Camacho y Juan Espinoza Espinoza). *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 940.

(10) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Loc. cit.

(11) Ídem.

(12) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 263 y AMADO, José Daniel. "La lesión como solución alternativa a los vicios de la declaración de voluntad en el acto jurídico". En: *Homenaje a Fernando de Trazegnies*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 26.

(13) ESCOBAR ROZAS, Freddy. Loc. cit.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto la amenaza como el mal deben ser ilícitos[14]; de lo contrario, incluso cuando el mal sea cierto, inminente, grave y recaiga sobre cualquiera de las personas y bienes que hemos mencionado, no calificará como intimidación. Por esa razón, el artículo 217 del Código Civil establece expresamente que "la amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto".

Finalmente, el hecho que nos encontremos frente a una causal de anulabilidad del acto jurídico, implica que el acto anulable puede ser confirmado[15], lo que "(…) no es otra cosa que la manifestación (expresa o tácita) en virtud de la cual se acepta como 'querido' el negocio inválido y, por tanto, se renuncia a la acción que se tiene para 'impugnarlo'"[16]. No obstante ello, y al igual que lo que ocurre en los supuestos de nulidad del acto jurídico, si la parte afectada opta por impugnar el acto en lugar de ejecutarlo, dicha impugnación tendrá efectos retroactivos y el negocio será nulo *ab initio*[17].

2. ¿Cuándo se producirá un despido fraudulento por violencia moral o intimidación?

Conforme a lo desarrollado hasta aquí, podemos concluir que se producirá un despido fraudulento por violencia moral o intimidación cuando el empleador amenace al trabajador con un mal cierto, inminente, grave e ilícito para que renuncie o extinga su relación laboral mediante un mutuo disenso, según sea el caso. Cualquier amenaza que no revista –de manera copulativa– las características antes señaladas, no calificará como violencia moral o intimidación y, en consecuencia, no dará lugar a un despido fraudulento. Además, sería discutible incluir a la violencia moral o intimidación causada por un tercero ajeno al empleador, ya que

(14) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. Loc. cit. y ESCOBAR ROZAS, Freddy. Loc. cit.

(15) Se suele afirmar que otra diferencia entre la nulidad y la anulabilidad es que la segunda admite que el acto jurídico surta efectos, a diferencia de la primera. Sin embargo, existe controversia al respecto en la doctrina civil, ya que se ha señalado que: "El hecho de que el acto jurídico afectado de nulidad no produzca efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes. Si es que existe discusión respecto de la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad.

(…)

Es en atención a ello que sostengo que el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos (aunque sean precarios) entre las partes. Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí (...)." En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público". En: AA.VV. (Directores Walter Gutiérrez Camacho y Juan Espinoza Espinoza). *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 59.

(16) ESCOBAR ROZAS, Freddy. Ob. cit., p. 932.

(17) Ibídem, p. 936.

–como viéramos líneas atrás– el despido es la extinción del vínculo laboral por la voluntad unilateral del empleador[18].

Ahora bien, atendiendo a la necesaria ilicitud de la amenaza, y en aplicación del artículo 217 del Código Civil, no constituirá un despido fraudulento la amenaza del empleador de ejercitar regularmente un derecho ni el temor reverencial del trabajador hacia el primero. Lo anterior resulta de suma importancia, ya que la desigualdad que caracteriza al contrato de trabajo, podría propiciar que se califique como violencia moral o intimidación aquello que, jurídicamente, no lo es.

Sobre el particular, es importante incidir en que un derecho subjetivo es "una situación que permite y posibilita a la persona justamente obrar o actuar de una determinada manera. Por ello, la única idea que califica correctamente al derecho subjetivo es la de poder"[19]. Por la subordinación, el trabajador ofrece su actividad al empleador y le confiere el poder de conducirla[20], de modo que, en ejercicio del poder de dirección, el empleador tiene el derecho de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. Por ello, la amenaza del empleador consistente en el ejercicio regular de su poder de dirección no puede constituir violencia moral o intimidación, pues se trata de la amenaza de ejercitar regularmente un derecho.

Por otro lado, en lo que respecta al temor reverencial, corresponde incidir en que aun cuando es innegable que existe desigualdad entre trabajador y empleador, ello no basta para concluir que un acto jurídico fue celebrado con vicio de la voluntad. Si partiéramos de la premisa contraria, tendríamos que concluir que el empleador ejerce violencia moral o intimidación sobre el trabajador en la celebración de cualquier acto jurídico durante la relación laboral, lo que podría tener sentido solo cuando nos encontramos frente a un acto de renuncia de derechos nacidos de normas de orden público. Sin embargo, el principio constitucional de la autonomía de la voluntad impide aplicar una lógica como esta para enjuiciar a los demás actos jurídicos celebrados por empleador y trabajador durante la relación laboral.

Finalmente, no se puede olvidar que la renuncia o el mutuo disenso, según sea el caso, realizados como consecuencia de la amenaza de un mal cierto, inminente, grave e ilícito formulada por el empleador, constituyen actos jurídicos

(18) En este supuesto, el acto jurídico también sería anulable. Sin embargo, no debería ser calificado como un despido, ni sujetarse a las reglas sustantivas y procesales aplicables a esta figura.

(19) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 1975, p. 426.

(20) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ob. cit., pp. 35-36.

anulables y, por ende, susceptibles de ser confirmados. En este sentido, y atendiendo al precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el Exp. Nº 03052-2009-PA/TC, del 14 de julio de 2010, la renuncia o el mutuo disenso, según sea el caso, se entenderán como queridos por el trabajador, si este cobra, de forma adicional e independiente a sus beneficios sociales: (i) un incentivo por el cese; o, (ii) un monto cuya condición sea la extinción de la relación laboral. En estos casos, incluso podríamos encontrarnos frente a una renuncia o un mutuo disenso, según sea el caso, producto de una coacción manifiesta, sin que ello sea jurídicamente relevante debido a la confirmación del acto jurídico realizada por la parte afectada.

III. ASPECTOS RELACIONADOS A LA PRUEBA DEL DESPIDO FRAUDULENTO POR VIOLENCIA MORAL O INTIMIDACIÓN

De conformidad con la regla general prevista en el numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT)[(21)], la carga de probar la violencia moral o intimidación corresponde al trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que la prueba de este hecho no tendrá que ser directa. Es más, en la mayoría de estos casos, no existe prueba directa disponible (por ejemplo, un audio/vídeo que registre la conversación entre trabajador y empleador, antes y durante la suscripción de un convenio de mutuo disenso).

Por ello, normalmente será necesario recurrir a la prueba indirecta o por indicios, a la que se alude en el numeral 23.5 del artículo 23 de la NLPT[(22)]. Con relación a los requisitos para la validez y eficacia probatoria de los indicios, consideramos necesario resaltar cuatro ideas esenciales:

(i) Como explica Devis Echandía, un indicio es "cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por

(21) "23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales".

(22) "23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

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

sí solo o juntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos técnicos especiales"[23].

En otras palabras, un indicio es un hecho conocido que –por sí solo o en conjunto con otros indicios– prueba otro hecho desconocido, pues sirve de base para la aplicación de una presunción judicial.

Tratándose de un hecho, el indicio tiene que ser probado plenamente. En esta línea, no puede calificarse como indicio a una mera afirmación de parte, así esta sea "compartida" por más de un sujeto que integra una misma posición de parte (litisconsortes facultativos o necesarios).

(ii) Como normalmente trabajamos con indicios contingentes y no con indicios necesarios[24], es indispensable que la parte interesada acredite fehacientemente una pluralidad de indicios (dos o más) para que, a partir de una presunción judicial, el órgano jurisdiccional pueda dar por cierto el hecho desconocido.

(iii) La relación de causalidad entre los indicios y el hecho desconocido debe ser clara y cierta. Como apunta Devis Echandía, "el examen de este requisito debe hacerse con la ayuda de la lógica, basada en las reglas generales de la experiencia que forman parte del patrimonio cultural del juez (cuando se trata de indicios comunes) o en las reglas técnicas que le suministren los peritos (si se trata de indicios técnicos)".

(iv) Finalmente, el órgano jurisdiccional debe preocuparse por verificar que no existan contraindicios, es decir "hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran otros indicios"[25], que no puedan descartarse razonablemente.

(23) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 269.

(24) Devis Echandía explica que un indicio necesario es aquel que "de manera infalible o absolutamente cierta demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (…) lo cual solo ocurre en las leyes físicas inmutables y constantes" (ibídem, p. 277). Todos los indicios que no son necesarios (la inmensa mayoría), son contingentes.

(25) Ibídem, p. 292.

Como se puede apreciar, acreditar un hecho vía prueba indirecta o por indicios no es una tarea sencilla. De hecho, tampoco lo es motivar debidamente una decisión basada exclusivamente en indicios, cuando –según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 31 de la NLPT– la sentencia debe recoger los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar la decisión.

En nuestra opinión, esta exigencia solo se cumple –respecto de la prueba indirecta o por indicios– cuando del texto de la sentencia se desprende claramente cuáles son los indicios que han sido tomados en cuenta, cómo estos han sido acreditados durante el proceso y cuál es el razonamiento lógico que ha llevado al juzgador a concluir, a partir de los indicios, que el hecho desconocido efectivamente ocurrió.

IV. UN CASO EMBLEMÁTICO

La sentencia recaída en el Exp. Nº 00628-2001-AA/TC, del 10 de julio de 2002, resuelve un caso emblemático relacionado al tema que nos ocupa, no solo porque fue la primera que desarrolló implícitamente la figura del despido fraudulento, sino también porque analizó algunos hechos que –a criterio del TC– son indicios de violencia moral o intimidación en la renuncia.

Estos indicios, que también podrían ser tomados en cuenta en los casos en que se impugne un mutuo disenso, se resumen en la siguiente tabla:

Antes del acto de renuncia	• La trabajadora fue trasladada a un lugar distinto a su centro de trabajo habitual, en horas de la noche.
Durante el acto de renuncia	• La trabajadora dejó constancia de que cuestionaba su renuncia en cada uno de los documentos que le fueron entregados por la empresa con motivo de su cese.
Luego del acto de renuncia	• La trabajadora envió una carta a la empresa solicitando su reposición en el empleo. • La trabajadora envió una carta a la empresa retractándose de la renuncia. • La trabajadora solicitó el apoyo del sindicato de la empresa y denunció la violencia moral o intimidación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En nuestra opinión, en la sentencia comentada el TC motivó adecuadamente su decisión. No solo porque se basó en una pluralidad de indicios debidamente acreditados y no en meras afirmaciones de parte, sino especialmente porque se preocupó por explicitar el razonamiento lógico que había seguido para llegar a la conclusión de que la trabajadora había sido obligada a renunciar.

LA ESTABILIDAD LABORAL FRENTE AL DESPIDO, COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD SINDICAL, EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA

KARLA E. ZUTA PALACIOS[1]

I. ALCANCES SOBRE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

En los últimos años, los cambios en la economía mundial y, de manera independiente en cada país, han llevado al debate relativo a la flexibilización del Derecho del Trabajo y si esta favorece o no a la estabilidad en el empleo, en el sentido de determinar si existen o no circunstancias que puedan estar debilitando a este y otros derechos tales como la libertad sindical, desde cualquiera de sus aristas.

En nuestro país, la Constitución Política del Perú ha tenido siempre un rol especial en la protección del derecho a la estabilidad en el trabajo, al haber declarado, en el artículo 79 de la Constitución de 1979, que el trabajo es un fundamento del Estado y es, además un derecho y deber social para los ciudadanos (art. 42). Además, específicamente, en su artículo 48, consagró el derecho a la estabilidad en el trabajo manifestando así la intención de garantizar el derecho al trabajo, respecto a su acceso y permanencia en él.

Tomando este punto como hito de la estabilidad laboral, observamos que, a partir de ello se ha construido un sistema de normas enfocado en relaciones de trabajo permanentes y estables, que ha procurado proporcionar las garantías

(1) Abogada asociada de Benites, Forno & Ugaz Abogados. Egresada y con maestría culminada en Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, por la Universidad Nacional de Trujillo.

necesarias para evitar cualquier acto arbitrario o injustificado que atente contra este derecho, ello en el marco del válido interés del Estado, por evitar el desequilibro de posiciones empresa-trabajador.

Se evidencia entonces, tal como señala Sanguinetti(2), que la estabilidad laboral es una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo.

Siguiendo esta línea, el artículo 27 de la Constitución Política del Perú señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, sin embargo, observamos que, a diferencia del contenido de la Constitución de 1979, no existe el precepto general sobre la estabilidad laboral, y por ello nos encontramos ante una disposición concreta y específica: una protección frente al despido arbitrario que será desarrollada por el legislador(3).

1. Ámbitos de la estabilidad laboral

En este contexto, como advierten diversos autores, de acuerdo a nuestra legislación interna y teniendo en cuenta diversos documentos internacionales(4), existen dos grandes dimensiones del derecho a la estabilidad laboral: i) preferencia por la contratación a tiempo indeterminado y, ii) protección frente al despido arbitrario.

Javier Neves(5), bajo una premisa similar, nos comenta que el derecho al trabajo tiene un doble contenido que se traduce en dos acciones claras: i) facilitar el acceso al empleo a quienes no lo tienen y, ii) permitir conservarlo a quienes ya lo poseen.

En la primera clasificación, respecto a la preferencia por la contratación a tiempo indeterminado podemos identificar, ante todo, el alcance de las labores en el tiempo y, frente a ello, la necesidad de la contratación que evite el fraude teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades para que se contrate al trabajador.

Por su parte, cuando Neves hace referencia a la facilitación del acceso al empleo, nos explica que esta tiene un campo genérico y uno específico; es decir, se observa desde el compromiso del Estado por implementar políticas económicas

(2) "El derecho a la estabilidad en el trabajo". En: *Trabajo y Constitución*. Editorial Cuzco, 1989, p. 89.

(3) TOYAMA, Jorge. *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, p. 85.

(4) V. gr. Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Adicional, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(5) NEVES, Javier. *Derecho del Trabajo. Cuestiones controversiales*. Ara Editores, Lima, 2010, p. 44.

y sociales, y desde el estricto ejercicio del derecho al trabajo, esto es, de tener la oportunidad de postular o acceder a un puesto de labores.

En el otro ámbito de la estabilidad laboral, el cual obedece con más precisión al desarrollo de nuestro tema, tiene una lectura más uniforme y está referido a la estabilidad frente al despido, a la conservación de empleo. A fin de darle un enfoque amplio, consideramos que debemos entender a este principio frente a la extinción del contrato de trabajo en todos sus aspectos, son especial énfasis en la prohibición del despido injustificado e, incluso, en el despido en cualquiera de sus modalidades.

En este contexto también encontramos dos ámbitos: i) la preferencia por contratar a tiempo indefinido y no a plazo determinado (estabilidad de entrada) y, ii) la prohibición del despido injustificado (estabilidad de salida).

En el primer ámbito, se procura hacer frente a la desnaturalización y garantizar que los contratos a plazo definido cumplan con la condición de necesidad temporal indispensable para evitar el encubrimiento o fraude. Mientras tanto, la prohibición del despido injustificado busca que no se abuse de las causas justas para despedir y que la extinción del vínculo laboral se dé estrictamente por las razones contempladas en la ley (v. gr. despido disciplinario, renuncia, mutuo acuerdo o jubilación anticipada).

2. Desarrollo por el Tribunal Constitucional

Respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia recaída en el Exp. Nº 01124-2001-AA[6], en la cual se pone en relieve el contenido del artículo 22 de la Constitución, el cual reconoce el derecho al trabajo. En el orden de lo antes desarrollado, el Tribunal sostiene que su contenido implica dos aspectos: i) acceder a un puesto de trabajo, y ii) el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Agrega que "la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo".

Además, al reconocer el carácter constitucional de la estabilidad laboral, señala que la indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional; es decir, rechaza cualquier forma

(6) STC Exp. Nº 1124-2001-AA/TC-Lima, del 11 de julio de 2002.

de frente pecuniario ante la vulneración del derecho, salvo libre elección del trabajador. Como observaremos más adelante, este criterio sigue la línea de las consideraciones de la OIT respecto al efecto de un acto que atenta contra la estabilidad laboral.

II. EL CONTEXTO DE NUESTRO ANÁLISIS: IMPACTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA LIBERTAD SINDICAL

Como mencionamos al principio, dos derechos-principios son nuestro enfoque de análisis en esta oportunidad, y está concentrado en el ámbito de protección frente al despido injustificado, o la llamada estabilidad de salida, específicamente en los casos del ejercicio de la libertad sindical.

A continuación nos ubicaremos en situaciones que, aunque han sido objeto de pronunciamiento por los máximos tribunales, siguen generando contingencias en el día a día, especialmente en las relaciones laborales que se desenvuelven en el contexto de la actividad sindical. Determinaremos, primero, cuáles son los alcances de la libertad sindical y cómo el derecho a la estabilidad laboral rige como garantía de aquella. Luego, observaremos algunas situaciones que trascienden y nos colocan en la necesidad de evaluar si la estabilidad laboral se encontraría vulnerada, o si existen situaciones que justifican dejar sin efecto la relación laboral, aun cuando se trate de trabajadores que actividad sindical o estén protegidos por el fuero.

III. REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA LIBERTAD SINDICAL

1. Alcances generales sobre la libertad sindical

El derecho a la libertad sindical tiene un reconocimiento que va más allá del ámbito legal. Es parte de los derechos humanos al trabajo y está reconocido en principios y declaraciones y convenciones internacionales, suscritas por Perú, tales como los Convenios 87 y 98 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, entre muchos otros.

Así, la libertad sindical halla gran parte de su contenido en el artículo 2 del Convenio Nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,

según el cual consiste en "el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones (...)".

Además, según el artículo 1, inciso 2), literal "b", la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también "contra todo acto que tenga por objeto" "despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)".

Coincidimos, por lo tanto, en que a libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerrequisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos(7).

Su importancia es notable, señala Ermida, al punto que la Declaración de la OIT, sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo, proclama a la libertad sindical antes que al trabajo forzoso, al trabajo infantil y la no discriminación; ello debido a que genera la posibilidad de crear otros derechos o algunos de ellos, además de ser un instrumento de desigualdad compensatoria y un elemento constitutivo de la democracia.

Enrique Álvarez(8) señala que este derecho va más allá de la sola apreciación individual o del interés de un colectivo, pues es, en realidad, la manifestación del derecho de asociación, y sostiene que, por lo tanto, goza de también de la naturaleza de los derechos de participación política.

En este sentido, nos encontramos frente a un derecho de especial protección, pues su impacto individual y colectivo, tiene a la vez un impacto social y por qué no, económico, pues su efectivo ejercicio regulará no solo las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores, sino que tendrá efecto en la producción y en la dinámica económica, así como en el orden social que se traduce en el desarrollo de todo Estado.

2. Posición del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la libertad sindical

En el Exp. Nº 008-2005-PI/TC(9), la libertad sindical está definida como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

(7) ERMIDA, Óscar. "Crítica a la libertad sindical". En: *Derecho PUCP*. Nº 68, Fondo Editorial del la PUCP, Lima, 2012, p. 36.

(8) ÁLVAREZ, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional VI*. Tecnos, Madrid, 1999, p. 457.

(9) STC Exp. Nº 008-2005, sobre proceso de inconstitucionalidad, del 12 de agosto de 2005.

Sobre este lineamiento, el Tribunal le atribuye la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales. En la misma sentencia, se señala que este derecho se manifiesta en dos planos:

a) La libertad sindical *intuito persona*, la cual considera, a su vez, dos aspectos:

   - Aspecto positivo.- Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.

   - Aspecto negativo.- Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.

   En efecto, la Constitución reconoce al derecho a la libertad sindical en su artículo 28, inciso 1) . Como observamos, este derecho tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, consistente en la facultad que tiene toda persona para constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales (aspecto positivo). Además, se aprecia el aspecto dirigido a la facultad de afiliación o no a este tipo de organizaciones (aspecto negativo)

   En el Exp. Nº 01124-2001-AA[10] se precisa que este derecho, implica también la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

b) La libertad sindical plural, la cual contiene tres aspectos:

   - Ante el Estado.- Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.

   - Ante los empleadores.- Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.

(10) STC Exp. Nº 01124-2001-AA-Lima, del 11 de junio de 2002.

- Ante las otras organizaciones sindicales.- Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

Sin embargo, en el citado Exp. Nº 01124-2001-AA se agrega que la libertad sindical no se agota en los elementos identificados, sino que se permite el desarrollo de la proyección del citado derecho constitucional que no han sido anunciadas en forma expresa.

Finalmente el Máximo Intérprete manifiesta que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional.

IV. VULNERACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL ÁMBITO DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL

1. Descripción general de la problemática

Como hemos precisado antes, la libertad sindical tiene varios matices. Entre los cuales destacan los hechos dirigidos a la constitución de sindicatos, afiliación y la actividad sindical en sí misma.

En esta línea, el Decreto Supremo Nº 003-97-TR en el artículo 29, incisos a) y b)[(11)] califica de nulo a todo despido que tenga por motivo: i) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; y ii) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

Por su parte, el artículo 30 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR[(12)] prescribe que el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación. Agrega que, a diferencia de otros casos,

(11) Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(12) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

no es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical.

Es decir, existen normas que están dirigidas a prevenir el atentado contra la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que realizan actividades sindicales, se afiliación a un sindicato, o ejercen la representación sindical de su organización.

Estas normas son importantes, pues, como señala Villavicencio[13], la firmeza de esta protección debe dirigirse a evitar o reparar todo acto u omisión tendiente a menoscabar el empleo y, especialmente, los actos u omisiones que tengan como finalidad condicionar el empleo a la no incorporación o la no permanencia de un trabajador en un sindicato, o despedirlo, o perjudicarlo en cualquier forma a causa de del ejercicio de su libertad sindical, o negarle las facilidades necesarias para la materialización de este derecho.

Sin embargo, también es importante verificar en qué casos este matiz del derecho a la estabilidad es aplicable y en cuáles está mal invocado[14], pues como bien señala Von Potovsky[15], no es posible reforzar la protección al representante sindical al extremo de concederle inmunidad frente al despido incluso cuando incurra en una causa justa debidamente probada.

Así las cosas, ante cualquier situación que involucre la estabilidad de un trabajador que desarrolle actividad sindical, o esté protegido por el fuero, se debe hacer un análisis especial que permita verificar si, en efecto, las disposiciones del empleador tienen la finalidad real de vulnerar su libertad sindical, o si nos encontramos frente al efectivo uso del poder de dirección (facultad sancionadora).

Hemos aterrizado a estos casos específicos, pues aun cuando existen ya algunos lineamientos claros, las situaciones de impugnación de despido por atentar contra la libertad sindical son frecuentes, y las partes involucradas no siempre tienen en cuenta los elementos que determinan la existencia o no de la vulneración invocada (y que tiene como efecto inmediato la solicitud de declaración de nulidad del despido).

2. Algunos criterios jurisdiccionales

La Casación Nº 324-2013-Lima[16] precisó que, ante casos que cuestionen el despido, y soliciten la declaración de nulidad por considerarse que atenta contra

(13) VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. OIT, PUCP y PLADES, 2010, p. 172.

(14) BLANCAS, Carlos. *El despido nulo*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 298.

(15) Citado por BLANCAS, Carlos. Ob. cit., p. 299.

(16) Casación N° 324-2013- Lima, publicada el 03/11/2004.

la libertad sindical, debe tenerse en cuenta, tres elementos que deberán concurrir para determinar la configuración del despido nulo por la participación en actividades sindicales. Dichos elementos son:

i) Licitud de la actividad sindical

ii) Interposición posterior de la demanda con relación a la realización de la acción sindical

iii) Nexo causal entre la afiliación o el ejercicio de la actividad sindical y el despido.

Al respecto, debemos considerar que el artículo 23.3 inciso b) de la Ley Nº 29497 señala que corresponde al trabajador acreditar el motivo de nulidad invocado, y en este sentido, la SDCYSP(17) ha señalado que "la dimensión y trascendencia jurídica del despido nulo, que otorga tutela restitutoria al trabajador, origina que la carga probatoria a efecto de acceder a esta tutela sea *per se* de difícil probanza"(18).

Por este motivo invoca a tener en cuenta al principio de facilitación probatoria y la prueba indiciaria que permitirá al trabajador, tener una carga más ligera, dada su posición ante un eventual proceso, lo cual no lo exime de la carga probatoria, pero le permite un mejor panorama en defensa de sus intereses.

En esta línea, el Pleno Jurisdiccional de Cuzco - 1997 acordó que "en los procesos en que se ventile la nulidad de despido, si bien el juez no puede utilizar las pretensiones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido".

Planteadas así las cosas, a tenor con la normatividad vigente, se advierte que el trabajador amparado en el fuero o libertad sindical, que demande la nulidad de despido, tendrá que probar que este tuvo como motivo su condición de representante sindical, sin que sea necesario que el empleador demuestre la existencia de la causa justa del despido, pues es el trabajador quien ha denunciado la existencia de una práctica antisindical.

La Corte Suprema apunta que, al resolver, se debe tener en cuenta cuáles son las razones por las que se habría producido la nulidad del despido del actor

(17) Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
(18) Casación Laboral Nº 889-2012- La Libertad, del 20/08/2012.

siendo necesario subrayar que aun cuando en un proceso judicial, se estableciera la calidad de dirigente sindical del demandante; ello no constituirá un elemento suficiente, por sí solo, para declarar el despido como nulo. Este criterio ha sido esbozado en la Cas. Nº 157-2006-Santa y más tarde, la Cas. Nº 1636-2007-Lima siguió el mismo lineamiento al expresar que es importante apreciar la existencia de la causalidad atribuida entre el hecho (actividades sindicales) y el despido mismo.

3. Casos prácticos

Las situaciones que presentaremos a continuación, son casos que con frecuencia podemos encontrar respecto a la problemática acá tratada, y son particularmente interesantes por el razonamiento que emplea el respectivo colegiado, al momento de decidir. Un caso será analizado a la luz de resoluciones de la Corte Suprema, y el otro, según fundamentos del Tribunal Constitucional. En ambos encontraremos criterios ilustrativos y aunque, dada cada situación, la manera de resolver será distinta, apreciaremos de igual manera el especial cuidado que cada institución tiene a momento de velar por los derechos a la estabilidad laboral y a la libertad sindical.

Caso A

Juan es integrante de la Junta Directiva del Sindicato de la Empresa Agro-Comercio del Perú S.A. y en dicha condición realizaba clara actividad sindical. Goza de la protección del fuero sindical y junto a los demás delegados, está sosteniendo reuniones de planificación para un paro de labores, debido a ciertas irregularidades en el pago de la planilla de los últimos meses.

En este contexto, ocurre un accidente con uno de los vehículos que usaba Juan y la empresa le atribuye una negligencia y, después de realizar una extensa investigación, le imputa una falta grave y lo despide luego de dos meses de ocurrido el accidente.

Juan alega que en realidad, lo han despedido por su calidad de dirigente sindical, y por haber participado en actividades sindicales. Señala que por lo tanto, su despido es nulo y demanda a fin de que lo repongan en su centro de trabajo, en atención al contenido del artículo 29 inc. a) y b) del Decreto Supremo Nº 003-97-TR[19], del artículo 46 del Decreto Supremo N° 001-96-TR[20] y del artículo 30 del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR[21]

(19) Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(20) Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.

(21) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En este caso podemos observar que Juan ha descrito los hechos que han ocurrido, pero ha obviado exponer si al menos, indiciariamente, existe la causal de nulidad del despido. Es decir, si este se ha producido debido a sus actividades gremiales. De acuerdo a lo señalado en la Casación Nº 889-2012-La Libertad, será indispensable apreciar la existencia del desarrollo de las actividades sindicales (reuniones de coordinación, comunicaciones, convocatorias para realizar los reclamos), y lo más importante, verificar si estas actividades han sido el motivo de la denunciada represalia; es decir, si la finalidad del despido fue solo la de impedir el paro de labores o cualquier otro tipo de reclamo; o si la medida fue para sancionar una conducta calificada realmente como falta grave.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional[22], al precisar que necesariamente debe acreditarse si la medida disciplinaria del despido, en realidad, encubre un acto de represalia por la actividad sindical de un trabajador.

Tras este análisis se puede concluir en que la tesis de Juan es la correcta, pero también podría serlo la de su empleador, quedando claro que no es suficiente la sola existencia de un cargo o actividad sindical, sino, como indicamos previamente, es importante observar si hay nexo causal entre este hecho y la decisión del despido. Si esto no se corrobora, no se habrá cumplido con el tercer requisito en la Casación N° 324-2013- Lima y, por lo tanto, el pedido de nulidad será infructuoso, sin perjuicio de que se haya podido cuestionar el procedimiento de despido.

Caso B

Andrea pertenece al sindicato de la empresa Edad de Piedra S.A.A. y se desempeña en Chimbote desde hace veinte años. Hace dos meses, el sindicato comunica la conformación de la nueva junta directiva, en la cual Andrea asumió el cargo de Secretaria de Actas y Archivo. Un mes después, se dispone el traslado de la trabajadora, a la ciudad de Sicuani, cerca al límite de Apurímac con Puno, a fin de que ejerza un cargo por el que iban a pagar un poco más, pero para el cual no estaba capacitada en absoluto, pues las funciones son muy distintas a las que desarrolla en Chimbote. Andrea solicita el cese de hostilidad e indica que, además de perjudicarla en su derecho individual al trabajo, se está ejerciendo un grave perjuicio contra su actividad sindical y contra el sindicato mismo y los trabajadores que representa. Sin embargo, ejerciendo su deber de obediencia, y sin perjuicio de su reclamo, se apersona a su nuevo centro de trabajo, en Sicuani. A los tres días comete un error irreparable, por lo que se le imputa la comisión de falta grave y se procede a su despido disciplinario.

(22) STC Exp. Nº 1486-2010-AA-Piura, del 27 de octubre de 2010.

En este caso se observa que, con conocimiento de la actividad sindical de Andrea, su empleador decide trasladarla a realizar labores no propias a sus funciones habituales. Además, se indicó como único motivo, la necesidad del servicio, sin mayor explicación que pueda justificar los cambios en la labor de la trabajadora. Se hace entonces evidente que el traslado afecta la libertad sindical de Andrea, pues en principio, su nueva carga laboral le impide el eficiente ejercicio de sus tareas propias de dirigente sindical y ello vulnera indefectiblemente, a la actividad del sindicato y a los trabajadores que dependen de ella.

Las razones descritas, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, hacen que la falta imputada a Andrea, sea precisamente la consecuencia del ánimo de afectar tanto su fuero como su libertad sindical, ello además de que la causal sea irrazonable al haberla trasladado a un puesto cuyas funciones desconocía.

Un elemento de valor que el Tribunal suma en un caso similar[23], es la importancia de analizar el contexto en el que ocurrieron los hechos, así , por ejemplo, será de mucha ayuda la verificación del comportamiento de la empresa respecto a los demás dirigentes del sindicato, en cuyo caso, de advertirse conductas similares, se reforzará la tesis de que nos encontramos frente a una medida disciplinaria, en donde la falta es consecuencia de las acciones tomadas por la empresa con el fin de debilitar las actividades del sindicato. Entonces, nos encontramos, sin duda alguna, frente a la nulidad del despido y, por lo tanto, la trabajadora debe ser repuesta en su lugar de trabajo habitual.

4. Consideraciones a tomar en cuenta

Como hemos podido observar, existen diferentes casos en los cuales podría imputarse la existencia de causas justa de despido y, en consecuencia, los empleadores pueden verse tentados de hacer un uso abusivo de su poder de dirección, escudándose en este para quebrar la actividad sindical individual y colectiva en cualquiera de sus manifestaciones. Sin embargo, resulta necesario que dicha intención sea apreciable o evidenciable; es decir, en palabras de la Corte Suprema y de Tribunal Constitucional, quien denuncia la nulidad del despido o la vulneración de sus derechos fundamentales, debe estar en capacidad de demostrar el nexo causal entre la extinción del vínculo y las intenciones antisindicales de su empleador.

A propósito de ello, encontramos al otro lado, la situación inversa, es decir, la posibilidad de que sea el trabajador quien pretenda usar su derecho al fuero o a la libertad sindical y haciendo su uso indebido, cometa actos de indisciplina,

(23) STC Exp. Nº 2318-2007-AA-Lima, del 28 de enero de 2009.

o sin tener la voluntad inicial de hacerlo, una vez cometida alguna falta, busque refugiarse en sus derechos a la estabilidad y a la libertad sindical a fin de no ser afectado por el poder disciplinario de su empleador.

Ante estos últimos supuestos, Alfredo Villavicencio[24] sostiene, citando a Garófalo, que no basta con que los efectos de la acción (el despido, por ejemplo), hayan vulnerado la libertad sindical, con lo que no interesa si la intención del agresor fue afectarla o no, sino que el examen del juez debe no solo limitarse a indagar los motivos de la acción, y debe ir más allá, es decir, debe verificar la idoneidad de la acción del empleador para lesionar los bienes o derechos protegidos.

En definitiva, observamos que resolver un caso de nulidad de despido que denuncie la vulneración de la estabilidad laboral cuyo fin fue el de atentar contra la libertad sindical, debe tener en cuenta factores que van más allá de hechos primarios o elementales, sino que el juez debe realizar un análisis minucioso de la intención del empleador, así como de la repercusión de su acción; es decir, debe examinar si las acciones realizadas han generado un efecto negativo en el ámbito sindical y la prueba al respecto repercute en quien denuncia la nulidad del despido. En todo caso, de no existir esta conexidad, lo que quedará será cuestionar la razonabilidad de la medida o el procedimiento de ser el caso, lo cual se realizará mediante las acciones que correspondan a cada situación en concreto.

Cabe resaltar que, de concluirse que sí existe una conducta inconstitucional por parte del empleador, la consecuencia inmediata será la reposición del trabajador como efecto de la declaración de la nulidad del despido, a menos que el trabajador afectado haya solicitado de la manera pertinente, que la reparación sea indemnizatoria. Al respecto, la OIT es enfática al destacar la importancia de la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que hacen uso de su libertad sindical en cualquiera de sus manifestaciones y cuestiona el hecho de que solo se otorgue una indemnización o reparación económica, pues si la legislación de algún país permite esta práctica, se entiende que no se está concediendo protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio número 98[25]. Este postulado es consecuente con nuestra legislación nacional y es, generalmente, lo que ocurre: declarada la vulneración, se dispone la reposición.

(24) VILLAVICENCIO, Alfredo. Ob. cit., p. 173.

(25) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *La libertad sindical*. 5ª ed., Ginebra, 2006, p. 169. numeral 791.

V. CONCLUSIONES

De lo detallado en las líneas anteriores, podemos concluir:

1. La estabilidad laboral es un derecho protegido en la medida que se busca la protección del derecho al trabajo.

2. La estabilidad laboral se manifiesta, especialmente, en la importancia de contratación a plazo indefinido y en la protección contra el despido injustificado.

3. La estabilidad laboral se aprecia de manera clara como una de las garantías más importantes de la libertad sindical y se evidencia de manera clara en la protección ante el despido nulo ante el desarrollo de actividades o representación sindical.

4. Sin embargo, es importante diferenciar en qué casos dicha protección especial es aplicable, a fin de no vulnerar la potestad de imponer medidas disciplinarias, justificadas por parte del empleador.

5. En todo caso, si el trabajador presume que se ha vulnerado su estabilidad laboral con el fin de afectar su actividad sindical, deberá demostrar cuáles fueron los verdaderos motivos de su despido.

6. En todos los casos se deberá verificar si existe nexo causal entre la afiliación o el ejercicio de la actividad sindical y el despido.

7. De verificarse la vulneración de estos derechos constitucionales, la consecuencia inmediata será la reposición del trabajador afectado.

SEGUNDO TEMA

PROBLEMAS Y SOLUCIONES DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL

PONENCIAS OFICIALES

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ[1]

PAUL CAVALIÉ CABRERA[2]

INTRODUCCIÓN

A la inspección del trabajo le corresponde desempeñar un rol relevante en el campo de las relaciones laborales: erigirse en un eficaz instrumento que garantice el cumplimiento cabal de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo. Contribuye, de esta manera, al acceso de los ciudadanos trabajadores a condiciones de trabajo decente.

Nuestro punto de partida no es otro que el de entender a la inspección del trabajo como una función, un servicio público estatal de vigilancia e intervención del ordenamiento sociolaboral en aras de su funcionamiento. Ello, desde luego, no quiere sugerir que se deje de lado las labores de orientación o asesoramiento preventivo, tan importantes de cara a instalar en el colectivo de empleadores una conciencia de cumplimiento voluntario y permanente de sus obligaciones.

Nuestro sistema inspectivo acoge ambos enfoques: de un lado, asume la supervisión del cumplimiento de las disposiciones legales o convencionales,

(1) Ponencia Oficial sobre el tema "Problemas y Soluciones de la Fiscalización Laboral". VI CONGRESO NACIONAL de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la SPDTSS. Arequipa, 8 al 10 de octubre de 2014.

(2) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asesor del Despacho del Superintendente de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil. Ex Director General de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

extendiendo su manto de actuación inclusive a las personas bajo modalidades formativas laborales. De otra parte, la inspección del trabajo proporciona información, asesoramiento y formación, activando una doble funcionalidad.

No pretendemos reducir el presente trabajo a la mera descripción de la problemática de nuestro sistema inspectivo laboral –de por sí múltiple y compleja– sino que intentaremos vislumbrar algunas propuestas orientadas a su mejora, bajo parámetros de adecuación a los estándares internacionales que desde la OIT se recomiendan. La puesta en marcha de nuevas acciones y el reforzamiento de algunas vigentes no solo comprometen la necesaria acción estatal sino, también, admiten y auspician una acción conjunta y coordinada con los diversos actores sociales e institucionales.

I. SURGIMIENTO DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Las relaciones o formas de organización del trabajo han acompañado a los seres humanos desde los primeros tiempos de su aparición. Resulta útil, por tanto, reseñar brevemente algunas particularidades de la génesis de la inspección del trabajo, entendiendo que el mismo no puede restringirse a un enunciado cronológico de su evolución, sino que debe entenderse en el terreno de los sucesos políticos y económicos presentes en su aparición.

Sobre el particular, dos acontecimientos de fines del siglo XVIII resultan de gran relevancia: a) la Revolución Industrial; y b) la Revolución Francesa. La primera significó la aparición de las fábricas como nuevas ruedas del sistema económico emergente, por virtud, principalmente, de la invención de máquinas; mientras que la segunda representó el acceso de la burguesía al poder político. La relación entre uno y otro estriba en que la burguesía, una vez en el poder, necesitó de un ropaje jurídico que garantizara su desarrollo económico, sin restricciones ni limitaciones, por lo que se instauró el Estado liberal.

El nuevo Estado nace y reconoce a dos sujetos de derechos: de un lado, al propio Estado, representante jurídico de la sociedad, y del otro, al individuo. Es decir, en este tipo de Estado no parecía haber espacio para grupos intermedios. Además, predominaba la idea de que el Estado debía abstenerse de intervenir en los asuntos del trabajo –y con mayor razón los grupos intermedios como los sindicatos– y en consecuencia el ordenamiento del mundo laboral debía dejarse al libre juego del mercado. En otras palabras, se vivía un clima de abstencionismo absoluto del Estado respecto de los asuntos del trabajo. Sin embargo, dicha visión fue

cuestionada cuando empezaron a producirse continuos accidentes de trabajo, así como la ejecución de las labores en pésimas condiciones de salubridad y con jornadas larguísimas, situación que incluso se extendía a mujeres y niños. Tal contexto propició que los trabajadores se organizaran a través de diversos mecanismos para presionar al Estado y que este interviniera intentando revertirlo durante la industrialización(3).

Así, en 1802, Gran Bretaña –lugar donde nace la Revolución Industrial– se convierte en el país en emitir las primeras normas destinadas a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, creando al mismo tiempo un procedimiento por el cual la Administración Pública verifica que las empresas industriales cumplan con las primeras normas sobre trabajo fabril, en hilados y tejidos, tanto para adultos como para niños(4). Estas primeras normas desmontan la lógica pasiva del *laissez faire* en los asuntos del trabajo y abre las puertas a la era de la intervención estatal en el campo de las relaciones laborales. Sin embargo, para la labor de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales se dispuso inicialmente que la misma fuera asumida voluntariamente por personas de cada localidad. Este mecanismo no resultó efectivo, razón por la que en 1833 por primera vez el gobierno de Gran Bretaña designa a los primeros cuatro inspectores de trabajo, teniendo como función primordial verificar las jornadas de trabajo de los adultos y niños(5).

Sin embargo, el verdadero punto de inflexión se produce en 1919 con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Tratado de Versalles, al entenderse –concluida la Primera Guerra Mundial– que uno de los aspectos coadyuvantes en los objetivos de paz y seguridad mundial son, precisamente, las relaciones de trabajo. Al respecto, en su artículo 427 dispuso que cada Estado Parte organice un servicio de inspección para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamento de protección de los trabajadores(6).

La labor de la OIT hasta la actualidad ha sido fructífera pues a través de conferencias internacionales de trabajo, reuniones de expertos, entre otros, ha concretado la aspiración contenida en su constitución, esto es, en específico, la regulación

(3) Este periodo fue conocido en Europa como "la cuestión social" y en los Estados Unidos como "el problema laboral".

(4) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Edial, Lima, 2007, p. 164.

(5) SERRANO DÍAZ, Luis. "La inspección laboral y su problemática en el Perú". En: *Soluciones Laborales*. Nº 65, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

(6) La OIT, como organismo internacional tripartito, tiene como misión, entre otros, la aprobación de disposiciones que regulen el servicio de la inspección del trabajo para los Estados miembros de las Naciones Unidas.

del servicio inspectivo mediante el respaldo jurídico de distintos convenios y recomendaciones, en particular a través de los Convenios 81 y 129.

En esencia la inspección del trabajo nace con la finalidad de garantizar el cumplimiento de normas imperativas que reconocen derechos mínimos a los trabajadores, a quienes se les consideraba como la parte débil de la relación laboral, y que la OIT así parece asumirlo cuando señala que: "La función original de la administración del trabajo era de protección y regulación. La idea era regular los mercados de trabajo mediante una intervención sistemática y continua del gobierno, a fin de mejorar las condiciones de trabajo y preservar el equilibrio entre los intereses de los empleadores y de los trabajadores. La principal motivación de los gobiernos era mantener la paz social y evitar conflictos sociales importantes; gradualmente, fueron creando instituciones laborales, desde modestas inspecciones del trabajo y oficinas de empleo, hasta los ministerios de trabajo propiamente dichos"(7).

II. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTO OPERATIVO DE GOBERNANZA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO

La administración del trabajo fue definida en el Convenio 150 de la OIT como "actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo". Así pues, constituye una pieza clave de los gobiernos para encarar el cumplimiento de sus responsabilidades frente a los temas sociales. Ahora bien, si consideramos que las normas internacionales del trabajo suelen ser llevadas a la práctica a través de políticas y leyes nacionales, resulta primordial que cada país cuente con un sistema de administración del trabajo viable y activo, responsable de todos los aspectos relacionados con la formulación y aplicación de políticas laborales nacionales.

Sobre el particular, uno de los instrumentos con que cuenta la administración del trabajo para cumplir su cometido es precisamente el de la inspección del trabajo, la que se expresa en el desarrollo de una función pública de cada país. En efecto, si tenemos presente que en el Derecho del Trabajo se establece una relación estrecha entre la producción de normas y las formas de asegurar su cumplimiento, debemos apreciar que la inspección dispone de dos enfoques de acción

(7) Ver: Informe V de la Comisión de Administración e Inspección del Trabajo de la OIT de la reunión 100, Ginebra, junio de 2011.

principales para hacer cumplir la ley, que se materializan en tareas de control o supervisión y de ejecución de acciones orientativas. No hay contradicción entre la prevención, de un lado, y el control y la sanción, de otro. Creemos que un sistema equilibrado que asume ambas dimensiones deviene en óptimo.

Sin embargo, antes de ingresar a comentar brevemente los modelos de sistemas que la inspección del trabajo ha desarrollado durante su evolución nos interesa detenernos un momento para señalar que no todos los Estados comparten la misma visión respecto a la funcionalidad de la inspección del trabajo, razón por la que a nivel comparado ha surgido una dualidad de enfoques para guiar su actividad.

1. La dicotomía tradicional entre el enfoque de control o sancionador versus el enfoque preventivo u orientador de la inspección del trabajo

La inspección del trabajo se inició con una labor sancionatoria ante incumplimientos del empleador, pues era una manera de incidir disuasivamente para desalentar a futuro nuevas trasgresiones, considerando siempre que una inspección eficaz constituye la mejor garantía de cumplimiento de las normas laborales, tanto nacionales como internacionales(8).

Si bien la misión principal de la inspección del trabajo permanece incólume desde su origen, no obstante, se ha contemplado e incorporado nuevas alternativas para fortalecerla, como lo es el desarrollo de acciones de orientación. En efecto, si en los inicios las acciones de inspección –inicialmente dominadas por la detección de infracciones– se abocaron a aplicar sanciones, progresivamente estas fueron matizando sus aspectos "policiales" y punitivos, para ceder el paso a funciones dirigidas a facilitar y elevar el nivel de cumplimiento de las normas laborales mediante labores de orientación o asesoramiento(9).

De esta manera, dependiendo de la visión que la autoridad central de la inspección del trabajo asuma se edificará las reglas de juego de cumplimiento de las normas laborales, cuando menos a nivel administrativo.

Sobre el particular, los dos enfoques se pueden clasificar de la siguiente manera(10):

(8) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La inspección del trabajo, Misiones, Métodos*. OIT, Ginebra, 1973, parte introductoria.

(9) MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Reseña histórica de la evolución de la administración del trabajo en Latinoamérica". En: *El nuevo marco económico, jurídico y social de la administración laboral y de los ministerios de trabajo*. OIT. 1997, p. 3.

(10) Módulo 3 "Políticas y planificación de la inspección del trabajo". En: *Curso OIT*, Turín 2013, p. 10.

a) En el enfoque sancionador –Estados Unidos, Brasil, Holanda– los inspectores se dedican principalmente a aplicar sanciones por vulneración al ordenamiento laboral. En esta visión se presume que las empresas cumplirán las normas laborales cuando les resulte económico hacerlo, pues la posibilidad de que se les descubra mediante auditoria y el costo de la sanción supera los beneficios del incumplimiento. En otras palabras, en este enfoque se espera que los inspectores identifiquen irregularidades y sancionen conforme a ley.

b) En el enfoque orientador –Inglaterra, Alemania o Japón– los inspectores procuran promover el cumplimiento de las normas laborales mediante la persuasión y la influencia, pero con una eventual sanción si las empresas no subsanan las infracciones detectadas dentro de plazos razonables. En este enfoque orientador los inspectores ejercen una mayor discrecionalidad que en el sancionador pues pasan mucho más tiempo informando o asesorando a las empresas, que aplicando sanciones. Así, por ejemplo, las empresas pequeñas pueden tener más tiempo para subsanar una infracción que una empresa grande. En ese sentido, para exigir el cumplimiento de las normas laborales se dará prioridad a la orientación y asesoramiento más que a los mecanismos de sanción que solo se aplicarán como último recurso.

En la práctica, se aprecia que no todos los países comparten el mismo enfoque respecto a la funcionalidad de la inspección del trabajo, razón por la que consideramos relevante revisar qué nos dice el Convenio 81 de la OIT, importante referente normativo a escala internacional, y en vista que los Estados tienen la obligación de adecuar sus sistemas nacionales a los parámetros que ella proyecta. Por ende, vale preguntarnos cuáles son las funciones principales confiadas a la inspección del trabajo de conformidad con los Convenios de la OIT.

Sobre el particular, el artículo 3 del convenio establece lo siguiente:

> "3.1 El sistema de inspección estará a cargo de:
>
> a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de sus profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el incumplimiento de dichas disposiciones;

> b) Facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
>
> c) Poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales vigentes (...)".

Asimismo, en su artículo 18 establece lo siguiente:

> "18.- La legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas en los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, y en aquellos en que se obstruya a los inspectores del trabajo en el desempeño de sus funciones".

Las disposiciones revisadas no hacen sino afirmar que ambos enfoques pueden ir de la mano, en la línea de perseguir el objetivo central. No obstante, estimamos que en ningún caso la inspección del trabajo debiera abdicar de su función fiscalizadora, dado el rol disuasivo que las medidas sancionatorias juegan para desalentar eventuales conductas infractoras de los empleadores.

En la actualidad creemos que se ha superado la sola visión de considerar a la inspección del trabajo como una "policía del trabajo", evidenciándose la necesidad de complementarla con labores de orientación y asesoramiento para hacerlas efectivas. Sobre el particular, nuestro país ha adoptado ambos enfoques pues tal como lo señala el artículo 3 de Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo –en adelante, la LGIT–, las finalidades de la inspección del trabajo son, de un lado, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral; y del otro, la orientación y asistencia técnica.

En efecto, nuestro sistema abriga ambos enfoques y por lo tanto la funcionalidad de la inspección del trabajo se mueve en esos parámetros. Sin embargo, creemos que la credibilidad y eficacia de los sistemas de inspección del trabajo radica en que la posibilidad de aplicar sanciones formales contra los responsables sea real y que estas sean lo suficientes como para disuadirlos de vulnerar la ley[11].

(11) Inspección del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. Reunión 95, 2006. Informe III (Parte 1B), p. 102.

Ahora bien, identificados los dos principales enfoques de la inspección del trabajo a nivel comparado pasaremos a describir, desde el ámbito de su organización interna, cuáles son sus principales modelos de estructura. Al respecto puede reconocerse tres predominantes: a) el sistema generalista, b) el sistema especializado y c) el sistema de equipos multidisciplinarios.

a) Sistema generalista

En este sistema, según Von Richthofen, citado por Fernando García, *"*(…) los inspectores gozan de un amplio mandato y dentro de este grupo, los servicios de inspección del trabajo tienen atribuidas amplias competencias, que abarcan no solo la salud y seguridad en el trabajo, sino también la jornada de trabajo, las vacaciones y otros asuntos conectados con la protección social de los trabajadores como las condiciones de los trabajadores y el empleo ilegal(12). Asimismo, Vera Jatoba sostiene que "se privilegia la aplicación de decisiones administrativas más que la asesoría o la capacitación y se centra en el conocimiento de leyes y reglamentos"(13).

b) Sistema especializado

En este sistema según Von Richthofen "(...) se abarca fundamentalmente una sola de estas funciones principales de la inspección del trabajo –normalmente, la salud y la seguridad en el trabajo y en el entorno laboral–"(14).

c) Sistema de equipos multidisciplinarios

En este sistema "prima la concertación y el asesoramiento técnico y las decisiones jurídicas aparecen solo en caso de resistencia manifiesta. Este modelo reposa en la responsabilidad de los actores sociales, muchas veces con autoridad central de carácter tripartito"(15).

De conformidad con los sistemas antes mencionados podemos señalar que el sistema peruano de inspección del trabajo asume tanto el modelo generalista como el especializado. Así, los inspectores, en principio, están facultados para inspeccionar no solo temas laborales sino también los asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, modalidades formativas laborales,

(12) GARCÍA GRANARA, Fernando. "Alcances y límites de la inspección del Trabajo". En: *Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2008, pp. 304-305.

(13) Ídem.

(14) Ídem.

(15) Ídem.

contratación de personal extranjero, trabajo infantil, así como seguridad social y prestaciones de salud, entre otros. De igual manera, la LGIT permite la conformación de equipos especializados cuando las circunstancias de la labor a fiscalizar así lo requieran.

Es por ello que en nuestro sistema inspectivo se ha venido gestionando la conformación y capacitación de grupos de trabajo orientados hacia una especialización funcional en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como en derechos fundamentales, ligados en particular a la supervisión del trabajo infantil y a la erradicación del trabajo forzoso.

III. EVOLUCIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ

El antecedente más remoto de la inspección del trabajo lo encontramos en el decreto supremo del 24 de enero de 1913 que reguló, entre otros temas, el procedimiento para el cierre de las empresas. En dicha norma se otorgó a las intendencias de las policía, organismo del Ministerio de Gobierno y Policía, la función de efectuar inspecciones sobre esta materia. En esta primera etapa la problemática laboral era percibida como un tema de carácter policial, pues el conflicto laboral apenas estaba comenzando a adquirir una dimensión de problema social que hiciera necesaria la intervención del Estado.

Al respecto, Jorge Rendón sostiene que las más importantes normas que en un principio regularon el tema de las inspecciones "las podemos encontrar en el Decreto Ley Nº 7191, del 17 de junio de 1931, por el que se creó en el Ministerio de Fomento, que entonces se ocupaba de los asuntos laborales, las inspecciones regionales de trabajo, y el Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936 sobre la organización de la Dirección General de Inspección de Trabajo que contenía disposiciones sobre la inspección del trabajo, las reclamaciones colectivas y otros procedimientos laborales"[16]. En 1960 nuestro país ratifica, a través de la Resolución Legislativa Nº 13284, el Convenio 81 de la OIT, de junio de 1947, sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio, con lo cual quedábamos comprometidos internacionalmente a cumplir con lo dispuesto en dicho tratado, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores.

(16) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Ob. cit, p. 165.

Sin embargo, es a partir de la década de 1970, durante el gobierno de las Fuerzas Armadas, que se expide el Decreto Supremo Nº 003-71-TR, a partir del cual se puede hablar de un "sistema inspectivo" en nuestro país. Dicha norma regulaba de manera integral la actuación de los inspectores al momento de auditar a las empresas, e instauraba un sistema que propiciaba una participación más activa de los trabajadores y organizaciones sindicales, durante la realización de las visitas inspectivas en los lugares de trabajo y ya no solo la de los empleadores y de los inspectores como hasta entonces venía ocurriendo. Apreciada en relación con su enfoque, podemos señalar que tal norma adoptaba uno de corte sancionador puro y excluyente, pues en su artículo 1 establecía que la "misión" del servicio inspectivo era la de constatar el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales, verificar las deficiencias normativas e informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre las visitas inspectivas que se realizaran. En su artículo 17 establecía un mecanismo de sanción directa sin otorgar facilidades al empleador para subsanar las infracciones detectadas(17).

En la actualidad, además del Convenio 81 de la OIT, las principales normas que regulan la inspección del trabajo son la Ley Nº 28806, Ley General de la Inspección del Trabajo(18), y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, la Ley Nº 29981, Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil) y el Decreto Supremo Nº 021-2007-TR, Reglamento de la Carrera del Inspector del Trabajo.

Ahora bien, podemos notar que tradicionalmente el servicio de inspección del trabajo fue regulado mediante normas infraconstitucionales, quizá debido a que como señalamos anteriormente, el conflicto laboral comenzaba de a pocos a ser tomado en cuenta desde la tribuna estatal, como para pretender una referencia expresa en las Constituciones de los países. Si repasamos el caso de nuestra región podemos encontrar que pocos países han regulado expresamente en sus Constituciones la necesidad de contar con un servicio inspectivo capaz de garantizar el cabal cumplimiento de las normas laborales. Sí lo ha hecho, y resultan paradigmáticos los casos de Brasil, El Salvador, Honduras y Paraguay.

(17) Luego, se emitieron los Decretos Supremos Nº 003-83-TR, Nº 004-95-TR y Nº 004-96-TR.

(18) Si bien el Decreto Legislativo Nº 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, representó un importante avance en el ordenamiento normativo de la función inspectiva, es con la Ley Nº 28806 que se diferencia claramente dos etapas configuradoras del sistema: una primera, referida a la labor investigadora, a cargo del cuerpo de inspectores; y una segunda, relativa a la acción sancionadora, a cargo de las Subdirecciones y Direcciones de Inspección del Trabajo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

PAÍSES	SERVICIO DE INSPECCIÓN
Brasil	Constitución de 1988 Artículo 21: Compete a la Unión: (...) XXIII.- Organizar, mantener y llevar a cabo la inspección del trabajo; (...).
El Salvador	Constitución de 1983 Artículo 44: La ley reglamentará las condiciones que deban reunir los talleres, fábricas y locales de trabajo. El Estado mantendrá un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales de trabajo, asistencia, previsión y seguridad social, a fin de comprobar sus resultados y sugerir las reformas pertinentes.
Honduras	Constitución de 1982 Artículo 138: Con el fin de hacer efectivas las garantías y leyes laborales el Estado vigilará e inspeccionará las empresas, imponiendo en su caso las sanciones que establezca la Ley.
Paraguay	Constitución de 1992 Artículo 99: El cumplimiento de las normas laborales y el de los de la seguridad e higiene en el trabajo quedará sujeto a la fiscalización de las autoridades creadas por la ley, la cual establecerán las sanciones en caso de su violación. (...)

En nuestro país, si bien la Constitución Política de 1993 no ha regulado expresamente el servicio de inspección del trabajo, tal acción gubernamental puede entenderse de obligatorio cumplimiento si es que realizamos una interpretación teleológica del Estado Social, modelo de Estado que el Perú adopta como valor jurídico[19].

La labor de la inspección del trabajo tiene como fundamento general la cláusula de Estado Social que la Constitución consagra en su artículo 43, ya que esta impone al Estado, a través de diversas entidades, un rol activo en la promoción de los derechos ciudadanos y el logro de la igualdad sustancial. Es más, somos de opinión que la actividad de la inspección del trabajo también encuentra fundamento constitucional en lo señalado en el artículo 23 de la Constitución que establece que: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

(19) Para un mayor análisis sobre los fines del Estado social, puede revisarse: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. PUCP, 2011.

Y, finalmente, puede mencionarse lo señalado en el enunciado genérico contenido en el artículo 118.1 que establece que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Es así que si bien no hay mención expresa del servicio inspectivo de trabajo, en el texto constitucional, esto no resulta óbice para su cabal ejecución como política pública laboral, pues en virtud de la cláusula de Estado Social y nuestras obligaciones internacionales asumidas, principalmente a través de la adopción del Convenio 81 de la OIT, nos encontramos obligados a garantizar su adecuado desarrollo.

IV. EL DISPERSO SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ

El sistema de la inspección del trabajo, hasta el 15 de enero de 2013 en que se aprueba la Ley Nº 29981, que crea la Sunafil, se ha venido desplegando montada en una estructura técnica y jerárquica que dificulta su corrección y mejora. Ello debido a que la estructura de competencias descentralizada de la inspección del trabajo –consecuencia a su vez del proceso descentralizador del Estado– lejos de lograr los resultados esperados, terminó por erosionar su eficacia debido a que muchos gobiernos regionales no cumplieron con gestionar eficazmente las labores que les fueron transferidas, generando así la urgencia de reformar el sistema para hacerlo más eficaz.

En ese sentido, para entender mejor la problemática que justificó y condujo al surgimiento de la Sunafil como el actor central del sistema inspectivo actual, repasaremos los principales obstáculos que se apreciaron:

1. La actuación inspectiva limitada de los gobiernos regionales

a) Situación general.- Existencia de un ineficiente modelo descentralizado de la inspección del trabajo.

Si bien la dirección del sistema, desde un punto de vista funcional, como la propuesta, aprobación y ejecución de políticas y planes nacionales en materia de inspección del trabajo, además del control de los procedimientos de contratación de personal inspectivo, fue competencia de la ex Dirección General de Inspección del Trabajo (órgano de línea del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), como Autoridad Central; tales atribuciones coexistieron con las de los

gobiernos regionales para el inicio y desarrollo de las actuaciones inspectivas, así como para la ejecución de los procedimientos administrativos sancionadores, además de la responsabilidad de dotar de recursos materiales y asumir los pagos del personal inspectivo.

Este modelo repartido de competencias no ha conducido a la obtención de los resultados esperados, entre otros motivos, porque los gobiernos regionales no destinaron los recursos necesarios para su debida implementación y funcionamiento. De otro lado, al constituir la función inspectiva un asunto de alta especialización y de necesaria suficiencia en su capacidad de actuación, consideramos que la organización estatal que resultaba necesaria para el desempeño de esta función pasaba por la constitución de un organismo técnico especializado. Ello en medio de la constatación de que la función de la inspección del trabajo, a diferencia de inspecciones análogas, como la fiscalización tributaria, o toda función supervisora de los mercados de capitales, lamentablemente no ha sido objeto de atención prioritaria por las políticas de gobierno. Por el contrario, fue librada al olvido, sin recursos, y fragmentada con el proceso descentralizador estatal.

Carencia de recursos materiales.- Los gobiernos regionales son los encargados de proveer los recursos presupuestarios necesarios para la adquisición del equipamiento (equipos de cómputo, equipos de protección personal del personal inspectivo, útiles de oficina, entre otros) y la infraestructura necesaria para llevar a cabo las actuaciones inspectivas.

Se ha comprobado que se carece de la infraestructura suficiente para el desarrollo eficaz de la labor inspectiva; asimismo, muchas de las regiones no cuentan con el equipamiento adecuado, lo que ha incidido directamente en su no integración al Sistema Informático de la Inspección del Trabajo (SIIT). Igualmente, en muchos casos se ha comprobado una inacción de los gobiernos regionales en dotar a su área inspectiva de los recursos presupuestarios para la contratación y capacitación suficientes del personal administrativo adscrito a la función inspectiva.

En la misma línea, no se cuenta con una base de datos sobre el personal administrativo contratado en las direcciones regionales que permita el seguimiento de su desempeño laboral. A su vez la mayoría de las regiones carece de ambientes adecuados para llevar a cabo sus diligencias de comparecencias a las que acuden los sujetos inspeccionados.

Así también, respecto a los gastos de movilidad, en algunas regiones, no se cubría al personal inspectivo, con oportunidad y suficiencia, sus gastos de movilidad para el desarrollo de sus labores.

Déficit de personal inspectivo.- De conformidad con la normativa[20], los gobiernos regionales tienen a su cargo las convocatorias a concurso público para el acceso de personal inspectivo, habiendo previamente aprobado sus instrumentos de gestión y presupuestado las plazas requeridas. No obstante ello, en muchos casos los gobiernos regionales solo se esperanzaron en solicitar a la Autoridad Central (entonces a cargo de la ex DGIT) una mayor dotación de personal inspectivo, vía su destaque temporal, a pesar de que las funciones en materia de Inspección del Trabajo les habían sido transferidas.

Es evidente que con la cantidad de inspectores con que cuenta el sistema de inspección laboral –se excluye al personal inspectivo bajo el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (Recas), por no estar su contratación acorde a la normativa–, se alcanza una cobertura de la inspección insuficiente en relación con la masa de asalariados. Estimaciones estadísticas apuntan a considerar que el número de personal inspectivo que se necesitaría para atender la demanda, sin distinción del tamaño de la empresa a fiscalizarse, estaría conformado por más de 2000 inspectores. A la fecha el personal inspectivo del sistema bordea aproximadamente una quinta parte de dicho número.

Así pues, la falta de presencia del Estado en la custodia y la vigilancia de los derechos fundamentales y sociolaborales de la población asalariada, propician la desconfianza, la exclusión social, la informalidad y, consecuentemente, el caldo de cultivo para los conflictos laborales, que a la postre, resultan onerosas para la empresa, las familias y el Estado.

Déficit en el número de supervisores.- Como se sabe, el personal inspectivo está integrado, en línea de carrera, por inspectores auxiliares, inspectores de trabajo y supervisores inspectores. Estos últimos cumplen a su vez una función estratégica, en la medida en que resultan el enlace que conecta la etapa investigatoria, desarrollada por el personal inspectivo bajo su supervisión, con el inicio de la etapa del procedimiento administrativo sancionador. Se estima, en términos organizativos, que debiera guardarse al menos una proporción de un supervisor inspector por cada 10 personas a su cargo entre inspectores de trabajo e inspectores auxiliares). Los supervisores inspectores, dada su experiencia, revisan a su culminación, los resultados de la etapa de investigación inspectiva, advirtiendo de posibles errores tanto formales como sustantivos. Esta tarea deviene importante, pues tales filtros posibilitarán, luego, que en la etapa del procedimiento administrativo

(20) Artículo 26, literal d, de la Ley Nº 28806; y, artículo 3, numeral 3.3. del D.S. Nº 021-2007-TR.

sancionador, las actas de infracción no resulten cuestionables de parte de los sujetos inspeccionados, quienes podrían traerse abajo gran parte del trabajo avanzado.

Contando con data a diciembre del año pasado, el personal inspectivo a nivel nacional era de aproximadamente 400 personas. Nos referimos al personal perteneciente tanto a la Sunafil (311 personas) como a los diversos gobiernos regionales (88 personas); y estamos considerando a los tres estamentos que lo integran: inspectores auxiliares, inspectores de trabajo y supervisores inspectores.

Como resulta de fácil apreciación, existe una carencia palmaria de supervisores inspectores en el sistema. En las dependencias de inspección existentes a nivel nacional (Direcciones o Gerencias Regionales y Jefaturas Zonales), solo en poquísimas de ellas se cuenta con algún Supervisor Inspector, lo que impacta seriamente en el control de las actuaciones inspectivas y en la fiscalización del personal inspectivo cuando corresponda.

b) Coexistencia de diversos regímenes laborales del personal inspectivo.- Si bien la mayoría del personal inspectivo pertenece al régimen laboral de la actividad privada (alrededor del 80 %), igualmente coexiste personal inspectivo bajo el régimen laboral público, e inclusive había un personal que pertenecía al Régimen CAS.

Según lo establecido en el Convenio 81 OIT sobre la Inspección del Trabajo, así como por el Reglamento de la Carrera del Inspector (D.S. Nº 021-2007-TR), el personal inspectivo, debe pertenecer a un régimen especial, por el cual se les reconozca como funcionarios públicos que cuentan con estabilidad laboral absoluta (reposición ante el despido injustificado) y cuya contratación no se vea afectada por los cambios de gobierno (contratación a plazo indeterminado).

En ese sentido, el Régimen CAS no resulta aplicable para la contratación de personal inspectivo, pues, por su propia naturaleza temporal (se trata de un régimen de contratación que no garantiza la estabilidad laboral del trabajador, al materializarse en la suscripción de contratos de renovación anual), lejano a la previsión del antes referido convenio internacional de trabajo de la OIT.

La situación reseñada aparejó un trato desigual entre el personal inspectivo, de manera que dos inspectores del trabajo percibían distintas remuneraciones y beneficios, a pesar de realizar la misma labor. Ciertamente, hoy, una equiparación salarial de todo el personal inspectivo –independientemente de su pertenencia a la Sunafil o a los gobiernos regionales– resultaría lo más adecuado. Al menos, si por razones presupuestales ello no resulte viable en lo inmediato, debería gestionarse en esa dirección.

c) **Alta rotación del personal encargado de llevar a cabo el procedimiento sancionador (subdirectores y directores).-** La rotación frecuente de subdirectores y directores regionales, cuya permanencia y nombramiento dependen del gobierno regional, genera una situación que dificulta el proceso de transferencia de funciones, así como el cumplimiento de los planes y la toma de decisiones. Peor aún si tales nombramientos no recaen siempre en personal de probada solvencia técnica como para asumir el importante rol de resolver en última instancia en la vía administrativa, materias muchas veces de complejidad técnico normativa.

Asimismo, esta rotación frecuente de autoridades posibilita que los criterios de resolución de los procedimientos sancionadores varíen frecuentemente. En ese sentido, podrían producirse pronunciamientos contradictorios en casos similares, o aplicarse erróneamente las directivas, lineamientos o protocolos de actuación inspectivos emitidos por la autoridad central, ahora la Sunafil.

d) **Ineficacia de la Inspección del Trabajo.-** Se verificó un alto porcentaje de actas de infracción que se dejaban sin efecto (o se declaraban nulas), lo que denotaba: (i) una insuficiente actuación inspectiva; (ii) una inadecuada calificación de las infracciones verificadas; (iii) una desproporción o ausencia de justificación de la propuesta de multa; (iv) una ausencia de criterios de interpretación y aplicación de la normativa vigente, entre otros.

Asimismo, la remisión de información por parte de los gobiernos regionales a la autoridad central, al no resultar oportuna, generaba un complejo seguimiento y control de su gestión inspectiva.

No debemos perder de vista que la inspección del trabajo es una función técnica especializada, y como tal demanda de los funcionarios a su cargo los conocimientos especializados en Derecho Laboral, en temas de seguridad y salud en el trabajo, entre otros. En la práctica se constató que no se ha venido cumpliendo con destinar los recursos económicos necesarios para una adecuada capacitación del personal en dichos temas, o la especialización de los funcionarios a cargo del procedimiento sancionador (subdirectores y directores).

e) **Inexistencia e ineficacia de la ejecución coactiva.-** La ejecución coactiva en la mayoría de las regiones es inexistente, por lo cual la inspección del trabajo resulta inocua, no sirve como medida disuasiva y no cumple su objetivo (la efectiva vigencia de los derechos laborales).

2. La posición de los gobiernos regionales ante la creación de una superintendencia nacional de fiscalización laboral

La difícil situación resultante de la gestión de la inspección en las regiones generó la presentación ante el Congreso de la Republica del Proyecto de Ley Nº 538/2011-PE, que posteriormente derivaría en la Ley Nº 29981, Ley que creó la Sunafil. Sin embargo, el proceso de aprobación de dicho proyecto no fue pacífico. En la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la Republica se decidió solicitar opinión a los gobiernos regionales y a otros entes relacionados a la problemática inspectiva. La reacción de buena parte de estos fue en dirección de considerar que la creación de la Sunafil vulneraba la irreversibilidad del proceso de descentralización pregonada por las Leyes Nº 27783 y Nº 27867.

V. SUNAFIL: NUEVA AUTORIDAD CENTRAL Y ENTE RECTOR DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Sunafil y el proceso de descentralización.- Si bien el artículo 188 de la Constitución contempla que la descentralización es una forma de organización democrática y una política permanente y obligatoria de Estado, recordemos igualmente que en el artículo 43 se proclama que el Estado es "uno e indivisible", resaltando así el carácter unitario de su gobierno. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, según el cual el proceso de descentralización no puede suponer la adopción de decisiones políticas ineficientes y contrarias al carácter unitario del Estado(21).

También debemos tener en cuenta lo señalado por la propia OIT(22), según la cual la sujeción del sistema de inspección a una autoridad central facilita el

(21) "(…) 45. Si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible (art. 43 de la Constitución), motivo por el cual ninguna política descentralizadora puede soportar decisiones gubernativas incompatibles o asistemáticas. Por el contrario, el proceso de descentralización debe ser concebido como el sistema más eficiente para asegurar el desarrollo integral del país (…)" (STC Exp. Nº 00020-2005-AI y acumulado).

"(…) 44. El gobierno nacional como unitario

El Estado de nuestro país es unitario, pero a la vez, con un gran compromiso hacia el futuro: su descentralización, tal como se presenta en la Constitución:

"Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado" [artículo 43 de la Constitución].

Por tanto, por más descentralización que exista el gobierno no puede dejar de ser unitario. (…)" (STC Exp. Nº 00002-2005-AI y acumulado)

(22) OIT. Inspección del Trabajo. Informe III (Parte 1B) elaborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, para la 95 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, pp. 53-57.

establecimiento y la aplicación de una política uniforme en el conjunto del territorio, además de permitir la utilización racional de los recursos disponibles, limitando los casos de duplicación de actividades, por ejemplo.

En suma, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, así como por el Tribunal Constitucional y la Organización Internacional del Trabajo, consideramos que el proceso de descentralización no debe suponer la ejecución de políticas incompatibles con el carácter unitario del Estado, que puedan plasmar un sistema de inspección del trabajo ineficiente y contrario a su fin como son la defensa y promoción de los derechos laborales.

Tal como se ha descrito anteriormente, son varias las debilidades que, a fines de la inspección, muestra la estructura organizativa fundada en la ejecución de las tareas inspectivas a cargo exclusivamente de los gobiernos regionales. De ahí que se requirió un cambio de modelo, que culminó con un reparto de la competencia fiscalizadora tanto en la instancia nacional como regional, para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales bajo un esquema más disuasivo, lo cual es el objetivo que se pretende con la creación de la Sunafil.

Puesta en marcha de la Sunafil

Su creación puede generar expectativas desmedidas en cuanto a la prontitud y la dimensión con que debe darse la imprescindible mejora del sistema inspectivo nacional. Ni más ni menos que la generación de fiabilidad y respeto institucional en un contexto de creciente pérdida de confianza de la población en sus instituciones públicas, en la justicia y el Estado de Derecho. La mirada vigilante que ha de acompañar este posicionamiento institucional provendrá principalmente de los actores protagónicos del sistema de relaciones laborales: trabajadores y empleadores. Cada uno, desde lógicas muchas veces contrapuestas. Hay también la expectativa de que se incrementará exponencialmente la cobertura de la demanda inspectiva y en esa dirección, el incremento subsecuente de la recaudación derivada de la imposición de multas por el incumplimiento de obligaciones laborales. Al respecto, se ha previsto que la Sunafil tenga competencia a nivel nacional para desarrollar los procedimientos de ejecución coactiva respecto de las sanciones pecuniarias impuestas[23].

(23) El artículo 6 de la Ley Nº 29981 señala que la Sunafil cuenta con competencia en el ámbito nacional para efectuar procedimientos de ejecución coactiva respecto de las sanciones pecuniarias impuestas en el marco de sus competencias y de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, normas modificatorias y complementarias.

Como resulta propio de su condición de sistema nacional, se ha contemplado la existencia de mecanismos de articulación intergubernamental[24], mediante los cuales la Sunafil coordinará con entidades del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales, gobiernos locales, y otros, acerca de la implementación de políticas sobre la materia de su competencia. Asimismo, dicha articulación servirá también para el desarrollo de mecanismos de supervisión, evaluación, monitoreo, entre otros.

La Sunafil unifica el régimen laboral de su personal inspectivo (régimen laboral de la actividad privada), en tanto se implemente la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil. Su actual régimen laboral cumple así con lo exigido por el Convenio 81 OIT, dado que se trata de un régimen con estabilidad laboral donde operará la reposición ante el despido injustificado. Cabe, sin embargo, hacer notar que en los gobiernos regionales, que mantendrán su competencia inspectiva para la fiscalización de las microempresas, las remuneraciones de su personal inspectivo dista de la escala salarial que rige actualmente a las remuneraciones de los inspectores de la Sunafil. Considero que dichas instancias regionales, de acuerdo con su competencia, deben gestionar cuanto antes la reducción de dicha brecha.

En el siguiente cuadro resumimos los principales problemas que acusó el modelo descentralizado, y las ventajas de un modelo "parcialmente desconcentrado", que es el que hoy tenemos. Decimos esto último, pues subsistirá un reparto de competencias, previsto en la propia ley de creación de la Sunafil: los gobiernos regionales mantendrán su competencia fiscalizadora solo respecto de las microempresas[25], y en los demás casos la inspección será de cargo del nuevo ente rector.

(24) Artículo 16 de la Ley Nº 29981.

(25) El D.S. Nº 015-2013-TR (27/12/2013) definió como "microempresa", a efectos de la competencia inspectiva a cargo de los gobiernos regionales, a aquellas unidades económicas que cuenten con hasta 10 trabajadores –número determinado mediante su promedio anual–, registrados en la planilla electrónica.

DESVENTAJAS DEL MODELO DESCENTRALIZADO	VENTAJAS DEL MODELO DESCONCENTRADO
• Los gobiernos regionales no han destinado los recursos necesarios para implementar adecuadamente el servicio inspectivo, existe carencia de equipos de cómputo, infraestructura adecuada, unidades de transporte, presupuesto para viáticos, entre otros. • No se ha contratado más inspectores para atender la demanda regional y en algunas regiones se ha efectuado bajo la modalidad CAS, régimen contractual incompatible con lo previsto por el artículo 6 del Convenio OIT Nº 81 y el Reglamento de la Carrera del Inspector del Trabajo (DS Nº 021-2007-TR), que garantizan al personal inspectivo estabilidad laboral en el ejercicio de sus funciones. • El personal inspectivo a nivel nacional pertenece a diversos regímenes laborales: D. Leg. Nº 728, D. Leg. Nº 276 y CAS, que genera disparidades entre los beneficios que recibe el personal de una región en comparación con el de otra. • Alta rotación del personal que resuelve los procedimientos sancionadores, debido a su condición personal de confianza de las autoridades regionales, lo que genera disparidad en los criterios de resolución de los casos. • La ejecución coactiva en la mayoría de las regiones es inexistente, por lo cual la Inspección del Trabajo resulta inocua, no sirve como medida disuasiva.	• Con la Sunafil, que cuenta con presupuesto propio, se procura que el significativo alcance de su competencia evite la duplicidad de funciones o la desatención a sectores de trabajadores. • Se incrementa la cobertura de la demanda inspectiva, pues tendrá facultades para contratar a más personal inspectivo bajo el régimen del D. Leg. Nº 728, que les garantiza su estabilidad en la función. • Se ha previsto un único régimen de contratación del personal inspectivo (D. Leg.Nº 728) de la Sunafil, cuya escala debería actuar como espejo para una eventual equiparación salarial del personal inspectivo que pertenece a los gobiernos regionales. • Se dispone la creación de un Tribunal de Fiscalización Laboral, cuyo ámbito de actuación es nacional y tendrá como tarea la expedición de precedentes de observancia obligatoria para uniformizar criterios interpretativos. • Se centraliza la ejecución coactiva, incidiendo en una mayor eficiencia y eficacia en la recaudación de las multas, y su función disuasoria. • Tiene incidencia directa en la prevención de los conflictos laborales, debido a la identificación oportuna de muchas de las causas que originan los conflictos. Ello a través de su Intendencia Nacional de Inteligencia inspectiva

VI. ASPECTOS RELEVANTES QUE CONLLEVA LA CREACIÓN DE LA SUNAFIL

De conformidad con lo establecido en los Convenios 81 y 129 de la OIT, la inspección del trabajo debe organizarse y funcionar como un sistema dentro de la Administración Pública con el fin de poder cumplir los objetivos que le

asignan ambos instrumentos[26]. Considerando lo anterior, la Sunafil se constituye como un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el seguridad y salud en el trabajo, así como de brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias. Es la nueva Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo, figura esta que como hemos visto está expresamente contemplada en el Convenio 81 de la OIT, y a la que se refiere la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. Como ya se dijo, le corresponde a esta nueva institución revertir los problemas que aparejaron la necesidad de su creación.

1. Nueva estructura del sistema inspectivo

Con una visión desconcentrada –aunque parcial en su alcance, conforme hemos anotado ya– se creará intendencias en todo el país que dependerán técnica, funcional y jerárquicamente de la Sunafil. Tal situación hará viable, en gran medida, la adopción de medidas correctivas, a diferencia del sistema anterior, cuya operatividad fiscalizadora recaía en la sola actuación de los gobiernos regionales, a cargo entonces de la inspección de todas las empresas del país. Recordemos que cuando la ex DGIT ejercía la supervisión del funcionamiento del sistema funcional inspectivo, como entidad rectora del mismo, su tarea en muchos supuestos quedaba mediatizada para disponer medidas correctivas directas, en atención precisamente a la autonomía jerárquica que ostentan los gobiernos regionales, los cuales, a pesar de ser informados sobre las falencias advertidas, pocas veces ejecutaban las acciones para superarlas.

2. Ampliación del ámbito objetivo de actuación de la función inspectiva laboral

Aun cuando pudiera pasar inadvertido para muchos, en los últimos años se ha efectuado modificaciones a las funciones inspectivas ampliando su radio de acción.

La Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, incorpora el inciso f.2) en el artículo 3 de la LGIT, a través del artículo 4 de su vigésima tercera disposición final y transitoria, estableciendo como nueva función inspectiva vigilar y exigir el cumplimiento de las "normas referidas al sistema privado de pensiones". La norma sustrae del área fiscalizadora de la Superintendencia

(26) Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre inspección de trabajo. Informe III (parte 1(B), 95 reunión 2006, CIT. Ginebra, Párrafo 138 <http://www.ilo.org/ilolex(spanish/surveyq.htm>.

de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones - SBS, la supervisión de algunas obligaciones de estas últimas y las traslada a la inspección del trabajo, adosándole nuevas tareas inspectivas, recargando las ya vigentes. La situación descrita debiera buscar una mitigación de su impacto en el sistema inspectivo, y contemplar alguna compensación económica en su favor, trasladable desde este sector empresarial privado (grupo de administradoras privadas de fondos de pensiones), el cual también resulta finalmente beneficiado con la fiscalización laboral a los empleadores, como agentes de retención y traslado oportuno de los aportes previsionales del trabajador.

3. Una nueva escala de multas: criterios objetivos y no discrecionales en la proposición e imposición de una sanción económica

La Ley Nº 29981, que creó la Sunafil, modificó la LGIT, incrementando de modo significativo (hasta en 10 veces) los topes máximos de las multas existentes.

Sobre la base de esta modificación, se hizo necesario actualizar el cuadro de multas vigente. Con tal fin se modificó el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, Reglamento de la LGIT.

Con la nueva escala de multas se buscó principalmente evitar un uso discrecional, no sustentado, por parte de la inspección al momento de proponer una multa, situación que la escala anterior alentaba, pues se desconocía, en la práctica, cuáles eran los criterios que asumía la inspección para transitar dentro de una escala que permitía una doble movilidad[27]. Con la reforma, dicha situación cambia drásticamente pues el cálculo del monto de las sanciones se realiza de acuerdo con unas tablas que fijan directamente el valor de la multa aplicable, teniendo siempre en cuenta el número de trabajadores afectados y la gravedad de la infracción advertida.

Asimismo, a diferencia del sistema anterior, en donde existía una única escala de multas, aplicable a todas las empresas, ahora contamos con escalas diferenciadas según los distintos tipos de empresas (microempresas, pequeñas empresas y las demás).

Sin embargo, es importante mencionar que para acceder a la escala de sanciones prevista para las micro y pequeñas empresas, es requisito que estas se encuentren inscritas en el Registro de Micro y Pequeñas Empresas (Remype), pues

(27) La antigua escala de multas establecía dos instancias en las que el inspector podía hacer un uso discrecional: en un primer momento, al escoger la base de cálculo (de acuerdo con la gravedad de la infracción advertida); y, luego, al determinar el porcentaje aplicable sobre dicha base de cálculo (según el número de trabajadores afectados

de lo contrario les corresponderá ser categorizadas como "NO MYPE", a pesar de que fácticamente cuenten con los requisitos para considerarse como una micro o pequeña empresa.

Asimismo, en dicho contexto se dispuso que aun en el supuesto de que el empleador cumpliera con la subsanación de la infracción apreciada, en el curso de la etapa de investigación inspectiva, igualmente debía resultar acreedor a una multa, equivalente al diez por ciento de lo que le hubiera correspondido de no haberla subsanado. Esta modificación evidenciaba cómo un sistema inspectivo puede ajustar su marco legal para disuadir a que no se instaure en muchos casos una práctica consistente en cumplir las obligaciones laborales solo cuando medie un apremio o requerimiento por parte de la inspección laboral. Esa práctica resulta, además, un desincentivo para la mayoría de empresas que regularmente cumple con sus obligaciones.

Lo curioso es que esta modificación normativa a la que nos venimos refiriendo ha tenido poca vigencia efectiva, pues ha sido temporalmente dejada en suspenso a través de la expedición de la Ley Nº 30222[28]. Esta ley dispone que en el plazo de tres años, a partir del 12 de julio de 2014, la inspección del trabajo privilegiará un "enfoque preventivo", materializado en el predominio de acciones de orientación y corrección de conductas infractoras.

Asimismo, durante el periodo de tres años la multa que se imponga no será mayor al 35 % de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como vemos, por decisión estatal de coyuntura, medidas temporales terminan imponiéndose por sobre lineamientos o políticas inspectivas laborales que debieran tener un horizonte mayor[29].

Sobre los niveles de las multas establecidas a nivel nacional

La modificación del Reglamento de la LGIT, en lo referente al incremento de las multas que ella contempla, debe apreciarse comparativamente en relación

(28) La norma se dio en el marco de la expedición de medidas destinadas a mitigar el impacto negativo de la coyuntura económica en las empresas, y modificó algunos artículos de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Así pues, se dispuso que si en el curso de una inspección del trabajo se determina la existencia de una infracción, el inspector de trabajo deberá emitir un requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción; y en caso de verificarse la subsanación dentro del plazo otorgado, se dará por concluido el procedimiento sancionador, en caso contrario, continuará el procedimiento inspectivo.

(29) No obstante, esta disposición no se aplicará en ciertos supuestos, entre otros, los referidos a infracciones muy graves contra la libertad de asociación y libertad sindical; las que corresponden a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y la proscripción del trabajo forzoso y la protección del trabajo de los niños y adolescentes.

con la cuantías de aquellas sanciones que imponen otras entidades estatales, que velan en su caso por el respeto de diferentes bienes jurídicos y que el Estado ha considerado conveniente vigilar. Tales por ejemplo, entre otros, los casos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)[30]; del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin)[31]; del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa)[32].

En el ámbito laboral, el nuevo tope máximo acumulativo previsto para la sumatoria de todas las multas que pudieran imponerse es de 300 UIT[33]. En tal medida, la nueva escala de multas parece armonizar con el resto de entidades con capacidad sancionatoria de nuestro país. No debemos soslayar que muchos de los derechos que son materia de vigilancia por la inspección del trabajo ostentan la categoría de derechos fundamentales, los cuales deben merecer los mayores niveles de protección y salvaguarda. Lo contrario sería admitir que en el Perú incumplir derechos laborales es menos gravoso que incumplir normas ambientales, o contrarias al mercado, entre otros.

4. La imprescindible adopción de criterios interpretativos y de aplicación uniformes por parte de la Inspección del Trabajo: el Tribunal de Fiscalización Laboral

Como sabemos, en términos gruesos, la inspección del trabajo transcurre a través de dos etapas diferenciadas: la de investigación inspectiva, y la destinada al procedimiento administrativo sancionador.

La etapa inspectiva y la del procedimiento sancionador estarán a cargo de los inspectores de la Sunafil a nivel nacional, excepto para las microempresas, cuya fiscalización y trámite sancionatorio serán responsabilidad de la inspección regional.

Una novedad que trae consigo la Ley de creación de la Sunafil, es la conformación de un Tribunal de Fiscalización Laboral, con el objeto de alcanzar predictibilidad en las resoluciones que se expidan. En efecto, la ley y el Reglamento de Organización y Funciones de esa institución han fijado dentro de las tareas

(30) En el caso de infracciones muy graves en materia de competencia desleal, el Indecopi puede imponer multas hasta de 700 UIT; inclusive si son infracciones muy graves en materia de represión de conductas anticompetitivas, puede alcanzar sumas mayores a las 1,000 UIT.

(31) El Osinergmin contempla multas que pueden elevarse por encima de las 3,000 UIT.

(32) En algunos casos la OEFA puede multar hasta por 10,000 UIT.

(33) El valor vigente de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) –valor referencial que se actualiza anualmente– es de S/. 3,800.

del tribunal la expedición de resoluciones en calidad de precedentes de observancia obligatoria. Esta entidad tendrá competencia nacional y podrá accederse a ella únicamente a través del recurso de revisión.

La importancia de contar con este órgano radica en que el administrado dispondrá de una instancia técnica –distinta de quien inspecciona y sanciona– a dónde acudir en última instancia administrativa para la impugnación de una resolución de multa. Sin embargo, creemos que el tránsito por dicho tribunal no debería convertirse en un medio dilatorio para zanjar con prontitud un procedimiento sancionador. Por lo tanto, será necesario que al regular las causales que permitan su acceso se tenga en cuenta dos grandes intereses en juego: de un lado, la necesaria uniformización de los criterios, y de otro, el carácter alimentario que tienen los beneficios económicos y remunerativos de los trabajadores.

Recordemos que la Constitución establece que el pago de las remuneraciones y los beneficios sociales de los trabajadores tienen prioridad sobre cualquier otra deuda del empleador, precisamente en atención a su naturaleza alimentaria.

Un sistema inspectivo bien estructurado y con resoluciones predecibles representa una garantía para el administrado, quien hoy en día, frente a una misma situación infractora, puede ser objeto de criterios distintos y hasta diametralmente opuestos, según la instancia sancionadora del ámbito territorial donde se resuelva su caso. Según la OIT, la subordinación del sistema de inspección del trabajo a una autoridad central facilita la aplicación de una política uniforme en todo el territorio, permitiendo el empleo adecuado de los recursos presupuestarios, y propiciando la unidad de sus criterios.

5. La fiscalización en las entidades de régimen laboral público: una tarea pendiente del Estado

Hasta el momento subsiste un vacío normativo acerca de la eventual actuación de la inspección laboral respecto de las relaciones de trabajo reguladas por regímenes laborales públicos. El artículo 4 de la Ley Nº 28806 que regula el ámbito de actuación de la inspección del trabajo establece que ella es competente para inspeccionar las relaciones laborales de las personas que laboran en empresas o centros de trabajo –inclusive de la actividad empresarial del Estado– u organismos públicos, siempre que los mismos se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Es decir, no se habilita expresamente la actuación inspectiva para el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, lo cual para algunos podría plantear un debate sobre una eventual discriminación regulatoria, que vulneraría el principio de igualdad ante la ley.

Sobre el particular, la Ley Nº 29981 en su artículo 4 literal i) ha precisado que la Sunafil deberá coordinar con la Autoridad Nacional del Servicio Civil - Servir en el caso de trabajadores que presten servicios en entidades del Sector Público sujetos al régimen laboral privado. Es quizás en este escenario en el que pueda plantearse la incursión inédita de la inspección respecto de la vigilancia de los derechos del trabajador de régimen laboral público. En todo caso, cualquier diferenciación de trato legal debería sustentarse sobre una diferenciación material o sustantiva de la relación laboral.

De optarse normativamente por ensanchar la esfera de la inspección laboral, ello permitiría habilitarla para los trabajadores cuyo régimen laboral fuera de naturaleza pública, es decir cuyo vínculo laboral sea conforme con el Decreto Legislativo Nº 276, o incluso el Decreto Legislativo Nº 1057 (Régimen del CAS), el cual constituye un régimen laboral especial público.

6. Acerca de la facultad del inspector de trabajo de ordenar el reingreso del trabajador cuando con la extinción de la relación laboral se hubiera incurrido en una infracción administrativa

En nuestro ordenamiento jurídico, la extinción de la relación laboral a través del despido tiene, entre otras características[34], la de ser un acto constitutivo y recepticio. Es constitutivo por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido sino que él lo realiza directamente y es un acto recepticio en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador a quien está destinada. Puede afirmarse, entonces, que sobre la base de estas características, el acto jurídico del despido surte efectos desde que es conocido por el trabajador, sin necesidad que algún ente privado o público valide dicha decisión previamente.

Sin embargo, el despido no en todos los casos es jurídicamente válido. Existirán ocasiones en las que esta decisión del empleador, de dar por terminada la relación laboral, puede afectar derechos del trabajador ya sea porque el despido carece de causa justa, porque no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para llevarlo a cabo, o porque lesiona derechos fundamentales (laborales o inespecíficos) del trabajador. En estos casos, el cauce jurídico "natural" para brindarle tutela al trabajador despedido es el proceso judicial laboral o el proceso constitucional de amparo. En el primero de estos dos, el trabajador puede, actualmente, obtener una tutela resarcitoria (el pago de una indemnización) o restitutoria

(34) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 30ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 470.

(reposición)[35], en tanto que en el segundo, la tutela brindada es únicamente restitutoria (reposición).

Mientras que este es el panorama en sede judicial, en sede administrativa laboral se debate si la inspección del trabajo está facultada en nuestro medio a ordenar la reincorporación de un trabajador cuando ha sido puesto en evidencia que, junto con el despido, se ha cometido alguna infracción administrativa laboral debidamente tipificada en el Reglamento de la LGIT.

Por ejemplo, puede ocurrir que con un despido se afecte el derecho de libertad sindical de uno o varios trabajadores que recién han formado un sindicato, lo cual debería ser sancionado por el inspector del trabajo por comisión de la infracción contenida en el numeral 25.11 del Reglamento[36]. Igualmente, en el caso que se produjera el despido de un trabajador sindicalizado –que obedeciera a esa sola condición–, conducta que calzaría en la infracción prevista en el artículo 25.12 del mismo texto normativo[37].

No obstante, antes de proceder con la elaboración del acta de infracción correspondiente el inspector laboral tiene asignada una serie de medidas inspectivas que puede adoptar y están contempladas en el artículo 5, numeral 5 de la LGIT. Entre estas se encuentra la del llamado "requerimiento", mediante el cual se emplaza al empleador para que, en un plazo determinado adopte medidas destinadas a subsanar sus incumplimientos de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo.

Sobre la base de este dispositivo, algunos inspectores han venido disponiendo requerimientos a las empresas ordenando que los trabajadores sindicalizados despedidos o que han visto terminada su relación laboral retornen a sus puestos de trabajo, a fin de frenar la infracción administrativa cometida por las empresas. Al respecto, el Poder Judicial ha entendido que tal atribución excedería la competencia del inspector de trabajo y una invasión de la competencia de los jueces[38].

---

(35) Recientemente, a partir del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, celebrado en el 2012, es posible obtener la reposición en la vía del procedimiento abreviado laboral, en supuestos de despido incausado y despido fraudulento, siempre que tal pretensión sea la única principal.

(36) "Artículo 25.- Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

(...) 25.11 La transgresión a las garantías reconocidas a los trabajadores de sindicatos en formación, a los candidatos a dirigentes sindicales y los miembros de comisiones negociadoras".

(37) "Artículo 25.- Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

(...)

25.12 La discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical".

(38) La Segunda Sala Laboral de Lima emitió pronunciamiento de segunda instancia en el Exp. Nº 00470-2009-0-1801-JR-LA-08, señalando que "(...)El inspector de trabajo al haber verificado la afectación de la libertad sindical, con fecha 25 de febrero de 2009 requirió la reincorporación a sus labores

7. La reincidencia infractora y su abordaje en los sistemas inspectivos

La reincidencia es uno de los criterios a ser utilizados para graduar las sanciones a imponerse. Al respecto, debería trabajarse normativa complementaria a partir de la premisa de que no se debería otorgar el mismo tratamiento benévolo a un empleador reincidente y a otro que incurre, por ejemplo, en su primera infracción laboral.

Sobre el particular, Godínez Vargas señala que "en Costa Rica se tendrá en cuenta el nivel de reincidencia para dictar la orden de paralización de labores o el cierre del establecimiento (art. 7 Reglamento General de Riesgos del Trabajo) y por ese mismo motivo el infractor no podrá beneficiarse antes del debate judicial del desistimiento de la causa (art. 2.2.3.4. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo). En Guatemala de existir reincidencia se incrementará en un 50 % la multa y también es uno de los criterios para fijar el valor de la multa entre los límites inferior y superior de la escala legalmente prevista (art. 271.b Código de Trabajo). Solo en este país se define un periodo de cómputo determinado para declarar la existencia de la reincidencia, de modo que existe si han transcurrido un año entre la fecha en que se hizo efectiva la multa impuesta y la fecha de comisión de la nueva falta. En República Dominicana con la reincidencia se aumenta la multa impuesta en un 50 % (art. 721 Código de Trabajo)"[39].

La regulación de la reincidencia en el terreno inspectivo es relevante, pues, actuaría como un factor disuasivo para aquellas empresas que prefieren incumplir las normas laborales antes que pagar oportunamente los beneficios de los trabajadores pues les resulta más ventajoso "económicamente" pagar la multa, o esperar a que sean fiscalizadas para recién ponerse al día con sus obligaciones, que asumir dicho pago, es pues, sin duda, esta "cultura" la que debe atacarse fuertemente.

---

habituales a los trabajadores despedidos, sin embargo, dicha atribución o facultad no ha sido contemplada en la norma, ya que la misma es exclusivamente jurisdiccional, siendo susceptible de ser ordenada por un juez constitucional en un proceso de amparo, o un juez laboral en un proceso de nulidad de despido, una vez comprobada y arribada a la verdad jurídica; de modo tal que la imposición de esta segunda sanción vulnera el principio de tipicidad al no estar contenida en norma positiva que explicite categóricamente la infracción observada, ya que la misma obedece a un incumplimiento oportuno del requerimiento de una adopción de medida válida, en el sentido de la obligatoriedad del requerimiento, el cual debe estar basado en el ordenamiento jurídico, mas no como en el caso de autos en una extralimitación de las funciones y atribuciones del inspector de trabajo en un actuar arbitrario (...)".

(39) GODÍNEZ VARGAS, Alexander. *Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección del trabajo: el caso de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana*. OIT, Documento de Trabajo 12, marzo, 2011.

VII. EL PERÚ EN UN CONTEXTO DE MODERNIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

El modelo latinoamericano de inspección dominante tiene una clara influencia de la OIT y es generalista. Es decir, en esta región la inspección se articula sobre la concepción de que los inspectores tienen facultades para inspeccionar todas las áreas relacionadas con el mundo del trabajo.

Ahora bien, en las últimas décadas se ha suscitado grandes transformaciones producto de la globalización económica y los cambios tecnológicos acontecidos en los diversos países de la región, y en consecuencia ha devenido inevitable la modernización de la administración del Estado en el campo de las relaciones laborales, y dentro de ella, la del control del cumplimiento de la legislación laboral, a través de la inspección del trabajo.

Como bien señala David Weil: "La OIT ha reconocido recientemente la crisis de la inspección del trabajo tanto en el plano nacional como en el internacional. A finales de 2006, pidió a sus Estados Miembros que adoptasen una serie de medidas de refuerzo y modernización de sus organismos de inspección para garantizar el cumplimiento de las directrices fundamentales en la esfera laboral con vistas a alcanzar los objetivos de su amplio Programa de Trabajo Decente"[(40)].

Sin duda, un factor relevante lo encontramos en los procesos de integración y tratados de libre comercio suscritos por algunos países de la región, y a través de los cuales aparece reiterada la voluntad de garantizar el cumplimiento de la propia legislación laboral. En ese sentido, existen diversos procesos y experiencias de modernización de los sistemas de inspección del trabajo en el continente que reflejan una preocupación generalizada por modernizar los sistemas.

Sobre el particular, con base en los estudios realizados por Vera Jatobá[(41)], "(...) en Argentina se han producido reformas legislativas que se tradujeron en la creación del Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, tendientes a mejorar la coordinación y uniformidad de criterios para tratar los temas laborales, a pesar de las competencias que al ámbito federal y a las provincias otorga la Constitución. Dentro de los objetivos del sistema referido está el de vigilar el cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social, garantizar los derechos de los trabajadores previstos en la Constitución y en los

(40) WEIL, David: "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 127, Nº 4, OIT, 2008, p. 390.

(41) VERA, Jatobá. "La inspección del trabajo en el marco de la modernización de la administración del trabajo". Documento de trabajo 148, OIT, 2002.

Convenios Internacionales ratificados por la Argentina, eliminar el empleo no registrado y demás distorsiones que el incumplimiento de la normativa del trabajo y de la Seguridad Social provoca en los mercados. En Brasil se ha propuesto alcanzar una inspección del trabajo integrada, cuya finalidad es crear una cultura de prevención. Esto conduce a señalar que la inspección en Brasil ha venido sufriendo un proceso continuo de transformación basado en planificación, diálogo social y realidades locales, dentro de un proceso democrático en el que participan todos los actores sociales.

En Chile, se ha apreciado un fuerte impulso a la modernización de este servicio, aumentándose substancialmente el número de inspectores del trabajo, oficinas instaladas en el país, vehículos e infraestructura, redefiniciones de manuales y procedimientos, precisión de facultades, especialmente en materia de normas de seguridad y salud en el trabajo. Se ha desarrollado un importante proceso de capacitación y formación de todos los funcionarios. Los funcionarios son estables y permanentes y una ley de planta fijó un nuevo escalafón del personal. Adicionalmente se han desarrollado sistemas de calificaciones de los funcionarios ligados a sistemas de incentivos de acuerdo a metas alcanzadas.

En Costa Rica, con la colaboración del proyecto Matac-OIT se ha llevado a cabo un proceso de fortalecimiento y modernización de los sistemas nacionales de Inspección del Trabajo, con el fin de dotarlos de un marco normativo, competencias, estructura, funciones y medios que permitan una actuación más eficaz".

Para Michael J. Piore y Andrew Schrank: "este resurgimiento de la vigilancia es, a la vez, manifestación y consecuencia de una reacción más general contra el neoliberalismo y el llamado Consenso de Washington, y contra su incumplimiento de las promesas de crecimiento y prosperidad para todos a finales del siglo XX. También es el resultado de las presiones surgidas en el mundo desarrollado de la mano de los movimientos de trabajadores, consumidores y defensores de los derechos humanos y, en fechas más recientes, de la insistencia del Congreso de los Estados Unidos en que se incorporen normas del trabajo a los tratados comerciales negociados (...)"[(42)].

No podemos dejar de señalar que muchas veces los inspectores se han visto expuestos a violencia física con ocasión del cumplimiento de su labor inspectiva. "En Brasil, por ejemplo, no es inusual recurrir a la violencia física contra los

(42) PIORE, Michael J. y SCHRANK, Andrew. "Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 127, Nº 1, OIT, 2008.

inspectores del trabajo, por ello, los inspectores del Ministerio de Trabajo suelen trabajar en el interior de Brasil acompañados por oficiales armados de la policía federal. En ese sentido, se ha generalizado la sospecha de que el asesinato de tres inspectores del trabajo en enero de 2004 estuvo relacionado con una redada en una plantación de soja que había sido acusada de utilizar trabajo forzoso. Además, en Francia, dos inspectores del trabajo murieron tras ser disparados por parte de un agricultor francés en Dordogne cuando intentaban desempeñar sus obligaciones. Estas atrocidades ilustran la necesidad de tomar medidas para proteger mejor a los inspectores del trabajo"(43).

Así pues, en la última década la OIT ha venido proponiendo una serie de medidas destinadas a modernizar y fortalecer los servicios de inspección del trabajo en todo el mundo, con el fin de impulsar el cumplimiento de leyes relacionadas con las condiciones laborales concebidas para proteger los derechos de millones de trabajadores.

En ese sentido, desde la perspectiva de la OIT, las formas voluntarias de autorregulación pueden resultar un complemento de la reglamentación e inspección públicas, pero no puede constituir una alternativa. Hoy la cuestión fundamental que se plantea es cómo promover una cooperación eficaz entre los sistemas de servicios privados de evaluación del trabajo y los servicios públicos de inspección a fin de mejorar la gobernanza general. Hay quienes plantean que, incluso, en casos extremos, podría recurrirse a normas penales pues consideran que la intervención de este tipo de norma permitiría reforzar la tutela de los derechos laborales, cosa que muchas veces no logra la norma laboral. Sobre el particular, Baylos y Terradillos sostienen que "el fundamento de esta protección penal se encuentra en el propio carácter de las normas laborales como normas que, como ha destacado Rivero, requieren de un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficacia"(44).

Ahora bien, el Perú no ha sido ajeno a los procesos de integración económica y acuerdos comerciales. Quizás el más relevante de apreciar sea el Tratado de Libre Comercio que, en abril del 2006, suscribió con los EE.UU. y en el cual hay un compromiso expreso del Estado peruano de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores y crear mecanismos que garanticen su eficacia.

(43) En: <http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/INFORME_OIT_INSPECCION.pdf>.

(44) BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: *Derecho Penal del Trabajo*. 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 10.

En el marco del proceso de negociación de dicho tratado, el Gobierno peruano priorizó dos temas: el fortalecimiento de los sistemas de inspección laboral y difusión de la normativa laboral, con foco en los derechos fundamentales sancionados por la OIT. En ese sentido, la Mesa de Cooperación para el Fortalecimiento de las Capacidades de Comercio y la Mesa Laboral canalizaron estas prioridades, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional Usaid-Perú, que comprometió recursos para la implementación de un conjunto de actividades en el área laboral para la Región Andina entre noviembre de 2005 y mayo de 2006[45].

Lo anterior no hace sino resaltar que el tema del reforzamiento de la inspección del trabajo constituye una política estatal que no solo viene dispuesta por la cláusula de Estado social que nuestro país asume, sino que también se impone de cara a garantizar el cumplimiento de los compromisos de índole laboral, asumidos por nuestro país en el marco de acuerdos de comercio internacional. Los países con quienes los suscribimos no desean que ingresen a sus mercados productos que puedan competir deslealmente con los suyos, con precios bajos, que se explican precisamente por no haber incorporado en su estructura de costos aquellos derivados del pago de los derechos económicos de los trabajadores. Es lo que se conoce como *dumping social*.

Finalmente, debemos tener presente que la necesaria modernización de la inspección del trabajo fue abordada en la reunión de la OIT de junio de 2011 sobre la administración e inspección del trabajo concluyendo, entre otras cosas, que: "Para hacer frente a los retos de un mundo del trabajo rápidamente cambiante, las administraciones de trabajo deben adaptarse continuamente y modernizarse. Deberán explotar métodos eficientes de gestión y administración y crear asociaciones y/o alianzas. En muchos países las deficiencias en las administraciones del trabajo impiden a los ministerios de trabajo la prestación de servicios adecuados. Los sistemas de administración e inspección del trabajo deberán valerse de los avances en las tecnologías de información y comunicación para mejorar métodos de trabajo internos y ampliar la gama y accesibilidad de los servicios prestados, mientras mantienen las inspecciones exhaustivas".

(45) La primera actividad que se realizó fue un Taller de Inducción para la formulación de Planes Estratégicos para la Reforma de los Servicios de Inspección, realizada los días 12 y 13 de diciembre de 2005 con la participación de funcionarios de los Ministerios de Trabajo del Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia.

VIII. PERSPECTIVAS EN LA LÍNEA DE UN REFORZAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA INSPECTIVO LABORAL

La planificación estratégica se impone hoy como un método de acción y una conducta modelo a seguir para tornar eficaz a la inspección del trabajo. Ampliación de su cobertura, incidencia real en la modificación de comportamientos trasgresoras del ordenamiento socio laboral, involucramiento de colectivos aliados para el desarrollo de sus tareas. Es menester que estas y otras medidas deban explorarse y asumirse. Por cierto, se debe partir desde la propia planificación, pasar por la implantación de modernos métodos de actuación inspectiva y adoptar finalmente la imposición de sanciones.

Los medios tradicionales con que cuenta la inspección del trabajo y las complejidades manifiestas del mundo del trabajo contemporáneo conducen a plantear la necesidad de nuevas formas de control y de supervisión que vayan más allá del ámbito público. En efecto, el desarrollo y aplicación de nuevas formas de imposición de sanciones, resulta en este contexto necesario para el funcionamiento efectivo de la inspección. Se debería disponer de otros instrumentos adicionales como la adopción de sanciones no convencionales o alternativas, para lograr el cumplimiento efectivo de la legislación laboral, ya que frente a una realidad caracterizada hoy por una gama amplia de relaciones laborales, una disminución de la afiliación sindical, métodos de trabajo modernos, cadenas de distribución ocultas y alto grado de economía informal, los métodos tradicionales de cumplimiento de la legislación pueden haber devenido hoy ineficaces.

Al respecto, queremos llamar la atención sobre algunas acciones que podrían emprenderse a fin de coadyuvar a la mejora del sistema inspectivo:

1. La planificación como signo distintivo y motor de una mejora integral del sistema inspectivo laboral

La inspección del trabajo, tradicionalmente, no se ha caracterizado precisamente por planificar su tarea, urgida como está por atender las denuncias que ocupan su capacidad operativa hasta colapsarla. De allí la importancia de generar un espacio al interior de su estructura organizativa, destinado exclusivamente al planeamiento estratégico de su accionar. Esa instancia debe ser estructural. Estar en continua ebullición de sus ideas. Investigar, proyectar, formular planes, contrastar información, barrer con data propia o derivada. Retroalimentarse. Y es que los sistemas inspectivos, por lo general, han de verse normalmente con poco

presupuesto y una ingente demanda de sus servicios. David Weil[46] considera que un "planteamiento estratégico" de la inspección del trabajo debería fundamentarse en cuatro principios fundamentales. En primer lugar, una fijación de prioridades, que apunta a la identificación de los lugares y sectores de actividad donde intervenir. Las prioridades –dice dicho autor– han de fijarse teniendo en cuenta tanto la gravedad de los hechos materia de su detección, pero sin dejar de advertir si la inspección practicada alcanzará un efecto disuasorio de la conducta indebida; y si el cambio de la conducta tendrá un carácter de perdurabilidad. En segundo término, dice Weil, la disuasión deberá conseguir que la amenaza de ser inspeccionado lo induzca a modificar su conducta: que en su evaluación costo-beneficio le resulte claro que el costo de su incumplimiento será mayor que el de respetar el marco legal. Como tercer eje, el autor considera que debe apuntarse en dirección a un cumplimiento duradero y, más en general, a la adopción de medidas acordes con objetivos estructurales, como podría serlo, por ejemplo, la implantación de un sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo. Y por último, estima Weil que la creciente complejidad de los centros de trabajo obliga a los inspectores a tratar de conseguir efectos en diversos planos: el geográfico, el sectorial y el del mercado de productos.

Todas las consideraciones repasadas suponen el desarrollo de acopio de evidencias y de procesamiento de la data obtenida; con esos insumos puede y debe actuarse ex ante a través de la planificación. El área u oficina "pensante" de la Inspección del Trabajo representa para el sistema una suerte de *think tank*[47] en pequeño, un alimentador de estrategias de intervención, de "lectura" correcta del espacio dónde ha de incidir con eficacia la inspección del trabajo. En esa línea de pensamiento, la Sunafil cuenta con una Intendencia Nacional de Inteligencia Inspectiva, área a la que le corresponde desempeñar un rol clave para orientar y direccionar con certeza al aparato inspectivo.

2. Modificaciones normativas

Este punto lo dividiremos en dos aspectos nucleares:

a) Propuestas de actualización

En obediencia a mandatos legales que, en unos casos, han ampliado el ámbito objetivo de la inspección, y en otros, han configurado

(46) WEIL, David. Ob. cit., pp. 395-397.

(47) Expresión de raíz inglesa, que alude a un reducto o núcleo de pensadores e investigadores. En versión hispana podríamos estar aludiendo a expresiones gráficas como "laboratorio de ideas", "gabinete estratégico", etc. En suma, se hace referencia a una instancia de reflexión para incidir luego activamente en procesos de mejora.

nuevas infracciones laborales específicas, corresponde actualizar el catálogo de infracciones vigente, contenido en el Decreto Supremo 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, (en adelante, RLGIT). Tales los casos, entre otros, de la Ley *que regula los Servicios de Tercerización, y su Reglamento; la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento; la* Ley Nº 27607, Ley del Porteador, y su Reglamento; la Ley Nº 27866, Ley del Trabajo Portuario, y su Reglamento; Ley Nº 30036, que **regula el Teletrabajo;** Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado Pensiones, y su Reglamento; D.S. Nº 005-2013-TR; Ley Nº 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y su Reglamento.

Asimismo, convendría que en esta modificación del reglamento se contemplara el desarrollo de algunos procedimientos inspectivos que, por sus particularidades, podrían calificar de "especiales"[48], como los casos de la verificación del despido arbitrario; la constatación de la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción [Artículo 25 literal b) de la LPCL y artículo 34 del Reglamento de la LPCL]; verificación de huelgas; investigación de accidentes de trabajo. A ello tendríamos que añadir las precisiones a introducir, una vez reglamentado el recurso de revisión que permitirá acceder en última instancia administrativa.

b) **Sistematización y publicación de normativa expedida por el sistema inspectivo**

La necesidad por parte de la administración de salvar vacíos interpretativos de la normativa vigente la ha llevado a ejercer su potestad reguladora. Ocurre, sin embargo, que el crecimiento de la normativa expedida no siempre es objeto de su sistematización y su puesta en conocimiento general. Esta situación también se ha presentado en el ámbito inspectivo, propiciando la queja empresarial de una aparente falta de transparencia para acceder a directivas, protocolos, lineamientos que guían la acción inspectiva. Si bien esta situación se viene superando en los últimos años, con la publicación de tales

(48) Esta particularidad radica en que su objetivo no apunta hacia la identificación de infracciones cometidas contra el orden sociolaboral, pasibles de una multa económica.

directivas inspectivas en el diario oficial, debería darse próximamente una sistematización actualizada de las mismas. Ello posibilitará, con mayor autoridad, que el contenido de las directivas sea invocado para sustentar la toma de decisiones del aparato inspectivo, que influya en el cumplimiento de las obligaciones laborales, dotando de mayor predictibilidad a sus acciones y decisiones.

3. Creación de espacios de cooperación interinstitucional

La inspección del trabajo necesita establecer alianzas interinstitucionales con distintos organismos del Estado para ser eficaz, eficiente y maximizar de esta forma el impacto de su ejercicio.

Una primera, que consideramos fundamental, es la coordinación que debe estrecharse entre la autoridad inspectiva y el Poder Judicial. Por ejemplo, para confrontar criterios acerca de los alcances aplicativos del Principio de Primacía de la Realidad, normalmente invocado en la actuación inspectiva. En efecto, los jueces se valen muchas veces del contenido del acta de infracción, expedida en el curso de un procedimiento inspectivo, como documento probatorio fundamental, proveniente de un funcionario público, para determinar si hubo una relación laboral o no. En consecuencia, requieren que las actas de inspección estén bien redactadas y sobre todo fundamentadas, pues de lo contrario la funcionalidad de este instrumento público perdería su sentido en sede judicial. De allí que deberían implementarse mesas de trabajo entre los jueces y las autoridades inspectivas a fin de tratar, por ejemplo, el carácter probatorio de las actas de infracción en los procesos judiciales y las deficiencias apreciadas por los jueces laborales en su formulación.

Asimismo, a propósito de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal Trabajo, se debe tener presente la implementación del novedoso mecanismo (art. 67 de la nueva NLPT) mediante el cual los jueces de paz letrados deberán resolver, en el término de 24 horas de solicitada la autorización por el inspector del trabajo, otorgar su autorización para que el inspector pueda realizar su labor inspectiva en aquellos casos en que se requiere de tal autorización judicial previo al ingreso del inspector a su centro laboral (caso emblemático: la inspección de trabajadores del hogar).

Igualmente, en relación con la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad (contratos temporales), sería de mutuo provecho también que la Inspección del Trabajo y la Justicia Laboral compartieran su casuística.

De otro lado, podría abordarse el importante aspecto de la eventual inhibición de la Inspección laboral cuando el empleador e alega que el asunto, objeto de la inspección, se está dirimiendo en sede judicial.

Así pues, la propuesta de institucionalizar este espacio de coordinación entre la Inspección del Trabajo y el Poder Judicial –en particular con la jurisdicción laboral– se condice con lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio 81 de la OIT que señala que la autoridad competente debe adoptar las medidas pertinentes para fomentar la cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejercen actividades similares.

4. Creación de un centro permanente (una escuela) para seleccionar y capacitar permanentemente al personal del sistema inspectivo laboral

La capacitación representa no solo un medio de necesaria actualización profesional del inspector de trabajo; a través de ella también podrá movilizarse en línea de progresión dentro de la carrera inspectiva. Lo novedoso en este aspecto pasaría por centralizarla e institucionalizarla a través del establecimiento de una escuela de capacitación permanente. Tal importante instancia educadora, como la que se propone, posibilitaría además impartir cursos o capacitaciones *ex ante*, que permitan luego evaluar a quienes postulen a ingresar a la carrera inspectiva.

Esta medida, sin duda, ayudará a seleccionar a las personas idóneas para la función inspectiva. Pero también tendrá como objetivo capacitar a todo el cuerpo inspectivo de modo permanente, tal como acontece actualmente con el Instituto de Administración Tributaria y Aduanera (IATA)[49]; con la Escuela Nacional de Administración Pública[50]; y con la Escuela Nacional de Control[51].

El personal objeto de la capacitación, aun cuando constituya el foco principal, no solo debe ser el cuerpo de inspectores de trabajo (inspectores auxiliares, inspectores de trabajo y supervisores inspectores). La actualización profesional debe extenderse concurrentemente al personal que tiene a su cargo la muy importante tarea de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador. Inclusive debe comprender igualmente a quienes forman parte del aparato administrativo de soporte (programadores, encargados de la red informática, estadísticos, etc.). Todos ellos, integrados, son el sistema de inspección del trabajo.

(49) El IATA es un órgano dependiente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), encargado de realizar los cursos que se requieran para el ingreso del personal de la institución, así como de aquellos referidos a la formación, capacitación y especialización del personal de la institución.

(50) Se trata de un órgano de línea de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) que tiene por misión formar y capacitar en temas de administración y gestión pública a servidores públicos.

(51) La ENC, de la Contraloría General de la República, ofrece una serie de productos educativos, cuyo objetivo esencial es promover la excelencia y transparencia de la Gestión Gubernamental, en un ambiente de control estricto y constructivo.

En cuanto al contenido de la capacitación, deberá tenerse en cuenta que los inspectores de trabajo son profesionales provenientes de distintas áreas: abogados, contadores, sicólogos, economistas, administradores, ingenieros, médicos. Por lo tanto, el diseño de los cursos que se les imparta deberá atender al reforzamiento idóneo de dicho personal multidisciplinario. La inspección en seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo, plantea la necesidad y urgencia de progresar sustancialmente en la capacitación del inspector que la tiene a su cargo. Aunque quizás sea el momento ya en que la inspección laboral apele a la ilustración especializada de los peritos, en particular en materias como minería, energía y electricidad. De esa manera probablemente se pueda compensar o equilibrar en parte la ventaja comparativa de los profesionales y áreas técnicas con que cuentan las empresas para gestionar la seguridad y salud en el trabajo en esos sectores de actividad económica.

Pero el necesario reforzamiento de las competencias del inspector no solo debe apreciarse en relación con requerimientos técnicos; también hay la necesidad de reforzar su análisis jurídico. En efecto, bien puede suceder que al momento de revisar la planilla o las boletas de pago, el inspector advierta la existencia de una diferenciación salarial entre los trabajadores de la empresa, lo cual puede responder bien a una situaci**ón de desigualdad** fundada en una causa objetiva, y por lo tanto no vulneratoria del principio de igualdad; o bien que configure una discriminación salarial basada en criterios subjetivos.

De otro lado, en un contexto de relaciones laborales complejo como el presente, en que se presentan figuras como las del "empleador plural"[52], "empleador difuso"[53], o la del "trabajador virtual"[54], consideramos fundamental impartir una capacitación orientada a estudiar el entramado de los modernos fenómenos empresariales[55]. Muchas veces, la inspección del trabajo podría asumir equivocadamente, de partida, que la sola ocurrencia de tales figuras importa de plano una actuación empresarial indebida. Un mayor conocimiento de estos fenómenos empresariales contemporáneos pondría a la inspección en mejor situación

(52) Nos referimos a aquella situación en que se presenta un solo contrato de trabajo con pluralidad de empleadores.

(53) El término hace referencia a los desajustes que se producen en la clásica figura con que concebimos a un empleador y sus variaciones como un empleador subordinado (subcontratistas, grupos de empresas, franquicias) o difuso propiamente (provisión de personal temporal a través de la intermediación laboral, el trabajo en redes).

(54) En nuestro país, recientemente, a mediados del año 2013, se dictó la Ley Nº 30036, que regula el teletrabajo.

(55) Los efectos laborales que se desencadenan a partir de figuras societarias como las de fusión, escisión, reorganizaciones simples, o las de los contratos de colaboración empresarial (contratos de asociación en participación o el establecimiento de consorcios), que constituyen uniones transitorias empresariales.

para formular sus hipótesis de trabajo al emprender la tarea inspectiva a su cargo. En dirección de capacitar con mayor amplitud al personal inspectivo –especialmente cuando se requiere conocer el flujo de procesos productivos complejos– podría diseñarse módulos de capacitación que involucren la participación de los técnicos de las empresas y también de representantes del personal que en ellas laboren. De esa manera los inspectores podrían formarse una idea más cercana sobre los avatares laborales propios de estos sectores de actividad empresarial, y tornar así más eficaz la incidencia de su accionar inspectivo en ellos. El conocimiento adquirido podría reforzarse con un entrenamiento en técnicas de investigación acordes.

La formación integral del inspector del trabajo implicará encarar aspectos poco abordados en la currícula formativa tradicional, la misma que solo se ha orientado hacia el reforzamiento de sus competencias laborales. Generalmente poco se ha trabajado en procura del perfeccionamiento de sus habilidades de relacionamiento interpersonal. Así, aspectos como los de liderazgo, comunicación, persuasión, trabajo en equipo, entre otros, merecen ser tomados en cuenta.

El centro de capacitación a crearse debería incentivar la reflexión crítica y alentar la investigación de quienes integran el personal del sistema inspectivo. Asimismo, será importante ir recopilando y sistematizando –con participación activa de los inspectores– las experiencias adquiridas en el ejercicio de sus funciones, insumo vivencial para trasladar luego a las promociones venideras.

5. La identificación de las empresas infractoras reincidentes y su visibilización pública

Desde los predios del propio sector empresarial suelen provienen las quejas sobre prácticas desleales de competencia por parte de algunos malos empleadores, entre las cuales, aquellas de laborar en condiciones de informalidad laboral, abaratando indebidamente sus costos de fabricación. Conviene, por lo tanto, diferenciar a aquellos que trabajan en estado de permanente cumplimiento de sus obligaciones laborales de aquellos que sistemáticamente actúan en la orilla opuesta.

En algunos países se publica la identidad de los infractores con el objetivo de reforzar el aspecto disuasivo de las sanciones. “Es el caso de Dinamarca, España y Portugal, donde, en caso de reincidencia o de violación grave, la sanción puede incluir el requisito de publicar la identidad del infractor, ya sea el empleador o la empresa. En Irlanda, las autoridades laborales están facultadas por ley a publicar los nombres de las empresas y de los empleadores condenados por un tribunal, e incluso los motivos de la condena. De esta forma, los inspectores del

trabajo están informados y pueden disponer estratégicamente de estos datos al planificar sus intervenciones. En Brasil también se publica la identidad de los infractores de la legislación laboral"(56).

Sobre el particular, ya en el 2006 la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid) a través del "Plan Estratégico para el Sistema de Inspecciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Lima-Perú"(57) identificó como debilidades de la gestión inspectiva el hecho de que *"no existe un historial de* empresas que han sido objeto de inspección".

Así pues, consideramos que a efectos de que los interesados o el público en general desee conocer a las empresas que reincidentemente incumplen la normativa sociolaboral, se debería contar con un registro de estas, de modo tal que la inspección las aborde periódicamente, y de otro lado, las someta también a un tratamiento diferenciado de aquellas que por ejemplo incurren en una primera infracción.

6. Iniciativas privadas o público-privadas

Este aspecto es, sin duda, alguna clave y responde a la pregunta: de qué manera el sector privado puede colaborar con la inspección del trabajo. Por ejemplo, en algunas micro o pequeñas empresas podría adelantarse el trabajo inspectivo a partir de "autoevaluaciones", incentivando en ellas el desarrollo de un sistema de gestión moderno y eficaz, de tal manera que cuando sea objeto de la inspección, la empresa entregue los resultados obtenidos. Podría facilitarse de esta manera la labor del inspector, orientándola hacia una rápida pero efectiva constatación, para centrarse más bien en otros aspectos; por su parte, la empresa podría advertir de antemano cuáles podrían ser las posibles falencias que detectaría el inspector durante una actuación inspectiva.

Asimismo, también puede emplearse auditorías –internas o externas– es decir, que puedan ser llevadas a cabo por las mismas empresas o por auditores de otras empresas, encaminadas a la identificación de las contingencias que podrían derivar en eventuales infracciones laborales, y de esta manera solucionar el problema con la debida antelación. Quizás una auditoría interna puede realizarse como preparativo para una auditoría externa, ya sea en el marco de una iniciativa privada de cumplimiento de la legislación o para una inspección a cargo de un servicio de inspección del trabajo.

(56) VEGA RUIZ, María Luz y ROBERT, René: "Sanciones de la inspección del trabajo: La legislación y la práctica de los sistemas nacionales de inspección del trabajo". Documento de Trabajo Nº 26. OIT, 2013.

(57) En: <http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADG790.pdf>.

Ahora bien, sería saludable de parte de la autoridad inspectiva que ante tales iniciativas privadas, colaboracionista con los fines de la inspección, se pueda entregar a dichas empresas una certificación de pleno cumplimiento en materia laboral o de seguridad y salud en el trabajo, basada en un conjunto de criterios y comprobaciones técnicas. Así pues, estas medidas convertirían a la empresa en protagonista activa del sistema de inspección del trabajo, dejando un tanto su tradicional rol de sujeto pasivo de la misma. En otras palabras, si los resultados de las iniciativas privadas se pusieran a disposición de los servicios de inspección del trabajo, quizás podría reducirse la presión sobre los mismos sin perjudicar la continuidad de su labor.

Cabe mencionar el ejemplo de Dinamarca, que cuenta con un sistema de certificación en materia de seguridad y salud en el trabajo (SST) que está siendo cada vez más aplicada en los enfoques voluntarios, tal y como prevé la norma OHSAS 18001[58].

Asimismo, se puede poner en práctica programas de cumplimiento voluntario (códigos de conducta o sistemas de responsabilidad social empresarial), sistema de monitoreo en la empresa, o sistemas de certificaciones privados o público-privados, de distinta naturaleza, alcance y contenido. De hecho, un programa de certificación de "buenas prácticas laborales" que se implemente en nuestro país debería encontrar en la inspección del trabajo a un mecanismo eficaz de apoyo, tanto para indagar sobre la "conducta inspectiva laboral" pasada del empleador, cuanto para certificar la vigente.

Cabe mencionar que desde la perspectiva de la OIT, las formas voluntarias de autorregulación y autocontrol pueden ser un complemento importante de la reglamentación e inspección públicas, pero de ninguna manera una alternativa que desplace a la inspección del rol que le compete.

Finalmente, creemos que si bien las iniciativas privadas cumplirán un rol importantísimo como elemento coadyuvante a los fines inspectivos, ello debe desarrollarse de conformidad con la recomendación de la OIT cuando estima que las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación no sustituyen a la inspección del trabajo ni pueden ser la solución a la falta de recursos para las inspecciones del trabajo ya que debe encontrarse sinergias que propicien la convergencia de los objetivos de dichas iniciativas[59].

(58) Informe para la reunión de expertos sobre la inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas. OIT, Ginebra, 2013, p. 14. La norma OHSAS 18001 es una especificación de sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo reconocida internacionalmente.

(59) Informe Final de la reunión de expertos sobre la inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas. OIT, Ginebra, 2013, p. 32.

7. El uso y aplicación de nuevas tecnologías

Hoy vivimos en la era de la revolución tecnológica. En ese sentido, el campo de aplicación de las nuevas tecnologías bien puede contribuir a modernizar determinados aspectos de la inspección del trabajo. Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la OIT: "(...) En sus iniciativas para adaptarse y modernizarse, los sistemas de administración e inspección del trabajo deberían aprovechar los avances de las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar sus métodos de trabajo internos y ampliar la gama y accesibilidad de los servicios para los mandantes, sin dejar de realizar meticulosas inspecciones. Una variedad de tecnologías en línea, móviles o de red ofrecen la posibilidad de aumentar el rendimiento y reducir los costos, mejorar la transparencia, facilitar la recolección y el análisis de estadísticas del trabajo, y ayudar a difundir la información disponible sobre normativa laboral y políticas en la materia. La adopción de las nuevas tecnologías es dispareja entre los países; sin embargo, los países en desarrollo se pueden seguir beneficiando considerablemente de algunos sistemas modestos y eficaces en función de los costos, adaptados a su propio nivel de desarrollo tecnológico"[(60)].

El uso generalizado de las tecnologías de la información y comunicación, ya sea en el campo del internet o la telefonía móvil, pueden coadyuvar enormemente en la gestión de los servicios públicos. El empleo del internet permitiría que los inspectores reciban capacitaciones *on line*, es decir, en tiempo real, manteniéndolos actualizados acerca de los últimos alcances y criterios aplicables al momento de realizar su labor inspectiva. En el caso de los usuarios –empleadores o trabajadores– también puede servir como mecanismo de capacitación y asesoramiento a distancia respecto al cumplimiento de las normas sociolaborales.

Sobre el particular, María Luz Vega sostiene que "internet facilita las tareas de educación, formación, información, sensibilización y difusión, así como hace más transparente y participativo, a través de plataformas, preguntas frecuentes y correos interactivos, el servicio de inspección. La existencia de *in box* donde puedan enviarse quejas, formularse preguntas o evacuarse consultas, elimina la sobrecarga de los servicios de asistencia al público y permite una mejor gestión de las demandas"[(61)].

(60) Informe de la Comisión de Administración e Inspección del Trabajo. 100 reunión. OIT, Ginebra, junio de 2011

(61) VEGA RUIZ, María Luz. "Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección del trabajo en el mundo". OIT 2013, p. 105.

En efecto, lo anterior puede concretarse con la creación y uso de redes sociales (Facebook, Twitter y otras) como herramientas de difusión de las actividades que lleva a cabo la inspección del trabajo.

Finalmente, la misma lógica puede emplearse a través de la utilización de la telefonía móvil.

8. Incidencia sobre la informalidad laboral

La economía informal o "trabajo no declarado" como prefiere denominarlo la OIT constituye una falencia o debilitamiento del cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Ello se explica si partimos de la premisa que lo óptimo resulta que cada puesto de trabajo que se cree debe generar la inclusión en planilla del nuevo trabajador incorporado al mercado de trabajo.

Si bien el empleo ha crecido a un ritmo promedio de 4 %, solo el 1 % representa empleo formal. Esto quiere decir que el grueso de trabajadores que ingresa al mercado laboral no está en planilla. Para algunos, la informalidad es la respuesta a los "sobrecostos" laborales, pues alegan que el empleador, además del salario que debe pagar a sus trabajadores, debe asumir otros costos adicionales que encarecen la mano de obra y, como tal, aumentan los costos de producción. Si estos costos son elevados, entonces el producto final es caro y, por ende, se vuelve menos competitivo en el mercado. Un enfoque del costo de producción empresarial, centrado exclusivamente en el análisis de su componente laboral, puede acentuar una lógica mercantilista que llegue a creer, equivocadamente, que la empresa "más competitiva" será aquella que pague menos salario a sus trabajadores. Sobre el particular, Ernesto Aguinaga sostiene que "el costo total de contratar un trabajador peruano, en realidad, es uno de los más bajos de la región. (….) En ese sentido, –citando a Daniel Martínez y Víctor Tokman–, la solución a los problemas que hoy plantea la liberalización de los mercados y, como tal, la competencia internacional, no debe basarse en la precarización de los puestos de trabajo, sino, por el contrario, en la maximización de la capacidad productiva de todos los factores que participan en el proceso productivo(62).

Con dicha lógica, además, se incentiva a que el empleador evada las obligaciones laborales para así reducir gastos relacionados con la mano de obra, generándose niveles de informalidad laboral altos. Ello explica a su vez que exista

(62) AGUINAGA, Ernesto. "Sobrecostos laborales: Mito y realidad". Ver: <http://www.teleley.com/revistaperuana/12aguinaga58.pdf>.

un amplio número de trabajadores que no cuentan con derechos laborales ni beneficios económicos ni acceso a la seguridad social en salud y pensiones. Al no estar registrado en planillas el empleador restringe su contraprestación al solo salario. Cabe mencionar que los principales focos de economía informal los podemos encontrar en el ámbito del trabajo doméstico, el trabajo a domicilio, el trabajo rural y en las micro y pequeñas empresas.

En respuesta a dicho panorama, un primer paso consistiría en aumentar los recursos (financieros y humanos) dedicados a recabar información apropiada y precisa sobre la situación actual de la informalidad laboral. Esto implica la creación y el manejo de registros o bases de datos interconectados que al mismo tiempo pueden ser compartidos con otras entidades de la Administración Pública. En segundo lugar, dichos sistemas de información deberían complementarse con un proceso de capacitación para los inspectores, quienes deben poder reconocer situaciones de informalidad laboral y actuar con rapidez, de manera efectiva, en vista de la precariedad que rodea estos casos.

Los inspectores deberán contar con información suficiente y lineamentos de fácil utilización para que puedan desempeñar un papel educativo de control y fiscalización de la economía informal. De esta manera podrán ser capaces de tender puentes entre la economía informal y las condiciones de trabajo decente, a través de su capacidad de fiscalizar, primero, pero también de orientar en pro del cumplimiento de las normas laborales en el sector formal de la economía.

En ese sentido, resulta a todas luces fundamental la tarea de elaboración de estrategias o planes para identificar los focos actuales donde se despliega la economía informal. La actuación inspectiva debe ser rápida y eficaz, tendiente a velar por el cumplimiento del ordenamiento sociolaboral. Así pues, podría plantearse como meta fiscalizar las empresas con una plantilla laboral mínima, pero que, contradictoriamente, desarrollan una alta actividad económica.

Finalmente, para combatir el trabajo no registrado, no bastará tan solo con la actuación del servicio inspectivo sino que, esencialmente, se debería estrechar lazos de colaboración con otros actores públicos y con la participación de los representantes de los trabajadores.

9. El sindicato como agente colaborador del sistema inspectivo

Ya hemos señalado que para el cabal cumplimiento de las normas sociolaborales, no es suficiente con la actuación de los servicios inspectivos. Señalan los

estudios e investigaciones(63) que una nueva visión en la relación sindicato–inspección del trabajo podría incluir la creación, dentro de la estructura sindical interna, a nivel organizativo, de un área funcional promotora de su participación en la inspección.

Por ende, el sindicato cumple otro papel importante en el campo de la inspección del trabajo. No nos referimos a la simple comunicación mediante denuncia ante las autoridades inspectivas para dar inicio a una fiscalización laboral. Hoy, resulta esencial que la participación de la organización sindical vaya más allá de la mera denuncia, pues debería convertirse en un protagonista de la inspección del trabajo, sin llegar a reemplazarla, evidentemente. Nos explicamos. En algunas circunstancias, inclusive, podría pensarse en la creación de mecanismos a través de los cuales el sindicato actúe como un primer agente de verificación –dentro de la empresa– del cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador. En otras palabras, podría colaborar en la auditoría interna de la empresa a efectos de detectar eventuales infracciones, y constatar que el empleador las está subsanando.

(63) VEGA RUIZ, María Luz. "La colaboración sindical con la inspección del trabajo en la lucha contra la precarización". En: Procesos de Autoreforma sindical en las Américas. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (GTAS) en 2011 – 2012, pp. 58-62.

INSPECCIÓN DE TRABAJO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

FERNANDO ELÍAS MANTERO[1]

Objetivo de la ponencia

La ponencia tiene como finalidad efectuar un análisis de la Ley General de Inspección a los ocho años de su entrada en vigencia, así como señalar algunos problemas que se presentan en su aplicación, planteando algunas posibles soluciones a dichos problemas. Es un punto de partida para un estudio más profundo de un sistema de fiscalización que ha despertado muchas críticas por parte de los empleadores que son los que en gran parten sufren sus efectos que en la mayor parte de los casos califican como abusivos, así como también los abogados que intervienen en su aplicación en defensa de sus clientes. Obviamente la visión en mención no es compartida por las organizaciones sindicales o sus defensores en tanto que ven la intervención del organismo que realiza las inspecciones como un mecanismo que favorece a los trabajadores por la forma en que se conducen las investigaciones en el procedimiento de inspección.

El análisis del tema nos lleva a plantear algunas posibles soluciones a algunos de sus problemas.

La investigación que se ha realizado ha tenido algunas dificultades en lo que se refiere a la recopilación de material e información recogiéndose cantidad suficiente para llegar a algunas conclusiones que en la práctica ha concordado con la

(1) Doctor en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973). Profesor principal de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro Honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

percepción que el público en general tiene de dicho servicio, lo que se ha establecido a través de una encuesta que arroja algunas conclusiones importantes. Estas dificultades han sido básicamente:

a) Falta de fuentes de información oficial sobre los pronunciamientos del sistema de inspección ya que no se publican todos los pronunciamientos, como si sucede en sistemas de información transparente como es el Tribunal Constitucional.

b) Confidencialidad y reserva con la que actúa el sistema de inspección.

Consideramos que este análisis es un punto de partida para un análisis posterior tanto de la normativa laboral como de la forma como se ha venido aplicando, primero por la Autoridad Administrativa de Trabajo y ahora la Sunafil.

Breve referencia a los antecedentes de nuestro actual ordenamiento jurídico sobre inspecciones laborales

Encontramos una descripción de la evolución del sistema de inspección consignada en la página institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que nos señala la existencia de una norma del año 1901 referida a las inspecciones laborales. De acuerdo a la información publicada en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en 1901 el Estado interviene por primera vez en asuntos laborales a través del Ministerio de Gobierno y Policía, el cual asume la función de registrar los contratos del servicio doméstico.

En ese contexto, los registros laborales estaban a cargo del Ministerio de Gobierno y Policía; en el año 1913 se expide un Decreto Supremo de fecha 30 de enero, el cual crea la "Sección Obrera" dentro de las intendencias de la Policía de Lima y Callao, con la finalidad de inspeccionar las condiciones de seguridad e higiene ocupacional en las empresas.

El 30 de setiembre del 1919 se crea la "Sección de Trabajo" dentro de la Dirección de Fomento del entonces Ministerio de Fomento (Ministerio que desde su creación, el 19 de enero de 1896, se desempeñaba desarrollando temas de obras públicas, industria y beneficencia), Dirección a la cual, mediante la dación de un Decreto Supremo (de fecha 6 de marzo de 1920), se le encargaron los servicios de Legislación del Trabajo, Estadística, Inspecciones, Asociaciones e Instituciones del Trabajo, Cultura y Previsión Social.

Aparentemente la intervención del Estado mediante estas funciones cobró importancia. El portal web referido oficial del Ministerio de Trabajo y Promoción

del empleo nos indica que: "el 12 de setiembre de 1921, se organiza la sección de 'Asuntos Indígenas', dentro del Ministerio de Fomento, y el 28 de abril de 1922, se crea el Concejo Superior de Trabajo y Previsión Social" y, con fecha 2 de enero de 1929, mediante una Resolución Suprema, se crea la oficina de Inspección General del Trabajo (también como un órgano de la sección de Trabajo del Ministerio de Fomento). A través del Decreto Ley Nº 7191, en 1931, se autoriza al Ministerio de Fomento establecer Inspecciones Regionales de Trabajo en las zonas industriales en las que era necesario realizar inspecciones para atender y solucionar conflictos colectivos.

Por otro lado, mediante Decreto Supremo del 10 de enero de 1933 se creó la dependencia de Inspección del Fondo de Garantía de la Ley Nº 1378 la que se encargó de fiscalizar el aporte de los empleadores a un fondo que tenía como fin indemnizar a los obreros que sufrieran accidentes de trabajo.

En el año 1935 mediante Ley Nº 8124, se creó el Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social. En 1942 se creó a su vez el Ministerio de Justicia y Trabajo (el cual se dividió las funciones del Ministerio creado por Ley Nº 8124 con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social), y en el año 1949 "nace el Ministerio de Trabajo" mediante Decreto Ley Nº 11009, cuya nominación fue Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas y que pasó a cambiar su nombre por el Ministerio de Trabajo y Comunidades mediante Ley Nº 15850 del 31 de diciembre de 1965, y a Ministerio de Trabajo y Promoción social el 12 de junio de 1981 (a través del Decreto Legislativo Nº 140) sin implicar modificación alguna en sus funciones entre las que estaban las propias del sistema inspectivo "heredado" desde que eran propias del Ministerio de Fomento.

Entre los años 1940 y 1980 el Ministerio de Trabajo fue objeto de cambios y reestructuraciones en función del mejor entendimiento del Derecho Laboral aplicado a nuestra realidad nacional (incluyendo las facultades relativas al sistema de inspecciones). Debemos recordar que entró en vigor el Convenio sobre la Inspección del Trabajo adoptado en 1947 y que el Perú aprobó el 1 de febrero de 1960 mediante la Resolución Legislativa Nº 13284, y también la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 15 de diciembre de 1959.

De acuerdo con lo señalado en la *Revista de Trabajo* Nº 8 del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, publicada en setiembre de 1998, es a partir de la década del setenta que la competencia administrativa de trabajo y sus funciones se encontraban establecidas de acuerdo con la siguiente reseña:

- **Decreto Supremo Nº 003-71-TR**

  "El artículo 1 del Decreto Supremo Nº 003-71-TR, (...) establecía que la misión de los servicios inspectivos era la de constatar el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales, verificar las deficiencias normativas e informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre las visitas Inspectivas que realicen".

- **Decreto Supremo Nº 003-83-TR**

  "(En él) se estableció que el sistema inspectivo del trabajo tenía a su cargo la fiscalización de las normas laborales de origen legal y convencional".

  En esta norma se acoge la obligación de los inspectores de reservar la identidad del denunciante.

- **Decreto Supremo Nº 04-95-TR**

  "(En él resulta importante) la exclusión de su campo de aplicación de las inspecciones por denuncia, en el marco de la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

- **Decreto Supremo Nº 004-96-TR**

  "(…) Regula la inspección del Trabajo, introduce importante modificaciones al procedimiento de esta materia, tales como la diligencia previa, la especialización de los inspectores de trabajo, priorizando, asimismo, su carácter eminentemente preventivo y orientador (...)".

Luego del tres años de la publicación de la referida revista, que nos da luces de la evolución del sistema de inspecciones por la propia versión de la Autoridad Administrativa de Trabajo, se expidió el Decreto Legislativo Nº 910, "Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador" que fue reglamentado por el Decreto Supremo Nº 020-2001-TR.

El día 12 de abril de 2006, fue suscrito el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, (Tratado de Libre Comercio), el cual fue aprobado por el Congreso de la República con la Resolución Legislativa Nº 28766 y ratificado mediante Decreto Supremo Nº 030-2006-RE.

En el preámbulo podemos observar que dentro de las decisiones que motivaron la celebración del mencionado tratado se encontraba la de crear nuevas

oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales, por lo que no sorprende la especificidad con la que se abarcaron los asuntos laborales en él. Como resultado de la negociación que existió en la regulación de nuestra legislación laboral nos comprometimos con Estados Unidos al cumplimiento riguroso de la legislación nacional y a la firma de convenios fundamentales de la OIT.

Tal es el impacto que se previó que tendría el TLC dentro de las condiciones laborales nacionales que dentro del grupo de 99 decretos legislativos que fueron producto de la delegación de facultades con motivo de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial se estableció aprobar el Decreto Legislativo Nº 1086: Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad y el Decreto Legislativo Nº 1038 que precisa los alcances de la Ley que regula los servicios de tercerización especialmente en lo referido al tiempo requerido para adecuarse a sus disposiciones.

El TLC con Estados Unidos hizo una mención expresa en lo que corresponde a las inspecciones laborales. En el Anexo 17.6, artículo 2, inciso d); se estableció como prioridad de cooperación y desarrollo de capacidades: realizar actividades para mejorar la aplicación y cumplimiento de la legislación laboral, incluyendo capacitación e iniciativas para fortalecer y mejorar la eficiencia de los sistemas de inspección laboral. Esto, con seguridad, ha debido influir en toda regulación posterior del sistema inspectivo.

Pocos meses después de la suscripción del TLC, exactamente el 22 de julio de 2006, se expidió la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo derogando la Ley de Inspecciones anterior y posteriormente fue reglamentada por el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, normas con las cuales se rigen los procedimientos inspectivos a nivel nacional en la actualidad las cuales adaptaron el sistema inspectivo a los términos que asumimos con motivo de la suscripción del TLC y que es un reflejo de la legislación española en materia de inspección.

En consecuencia, el 22 de julio de 2006 se expide la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo derogando la Ley de Inspecciones anterior y que fue reglamentada por el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, normas con las cuales se rigen los procedimientos inspectivos a nivel nacional en la actualidad las cuales adaptaron el sistema inspectivo a los términos que asumimos con motivo de la suscripción del TLC.

Es último paso en lo que corresponde a nuestro sistema de inspección laboral es, obviamente, la Ley Nº 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), Modifica la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

(nótese que la nomenclatura es esa). La cual en la fecha guarda concordancia con las siguientes normas:

- Decreto Supremo Nº 003-2013-TR Decreto Supremo que precisa la transferencia de competencias y los plazos de vigencia contenidos en la Ley Nº 29981, Ley que crea la Sunafil.

- Decreto Supremo Nº 007-2013-TR apruébese el reglamento de organización y funciones de la Superintendencia Nacional de fiscalización laboral - Sunafil, que consta de cuarenta y cuatro (44) artículos, y una (01) disposición complementaria final.

- Decreto Supremo Nº 009-2013-TR modificación e incorporación de artículos y modificación del índice del Decreto Supremo Nº 007-2013-TR que aprueba el reglamento de organización y funciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización - Sunafil

Panorama interpretativo variado en la aplicación de la normatividad laboral

Es un principio elemental que la normatividad debe ser simple y fácil de interpretar sobre todo en determinadas disciplinas como es la laboral. Ello para reducir los conflictos, principalmente aquellos que se generan solamente por divergencias de interpretación. En la práctica ello no es así ya que existen una multiplicidad de órganos que intervienen en su aplicación y el criterio de interpretación no necesariamente es uniforme o coincidente, lo que conduce a una vez mayor cantidad de conflictos que desembocan en varias vías que se mencionan a continuación. Esta variedad de criterios se expresa a través de las frecuentes contradicciones interpretativas que se dan entre los diferentes órganos que interpretan la ley y lo que es más grave cuando estas divergencias se dan en el seno del mismo interprete.

En nuestra realidad laboral tenemos, en líneas generales, las siguientes posibilidades interpretativas.

Organismos judiciales

Nos encontramos con las reclamaciones que se ventilan ante el Poder Judicial y en las que nos encontramos con expresiones interpretativas y en muchos casos normativas como son: a) La jurisprudencia de la Corte Suprema, en sus versiones "ordinaria" y de precedentes de cumplimiento obligatorio y b) lo que se denominan "plenos" de diverso nivel que constituyen una asamblea de jueces que

acuerdan aplicar determinados criterios por su propia decisión interpretativa sea unánime o por mayoría.

Vía constitucional

Nos referimos a la producción jurisprudencial de los jueces constitucionales en aquellos casos en que declaran fundadas las demandas de amparo cerrando la posibilidad de un pronunciamiento final del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional cuya interposición le corresponde al demandante únicamente cuando la demanda ha sido desestimada, pero que no le corresponde al demandado cuando ella ha sido amparada en la segunda instancia.

Vía arbitral

Se trata de los arbitrajes económicos principalmente aunque también existen con serias limitaciones los arbitrajes de Derecho. En estos casos se han presentado controversias en la aplicación del control difuso principalmente en lo que se refiere a la aplicación de la Ley del Presupuesto con relación a la negociación colectiva de trabajadores de diversas entidades del Estado.

Vía administrativa

Finalmente en la vía administrativa y principalmente a través del sistema de inspección (aunque en el Ministerio de Trabajo también existen distorsiones interpretativas principalmente en temas relacionados con la negociación colectiva y pronunciamientos de diversa índole que se manifiestan a través de resoluciones, opiniones de determinados funcionarios y Directivas que emiten pretendiendo que tengan carácter general y obligatorio). En un futuro cercano posiblemente se cuente con otro canal interpretativo que estimamos será el Tribunal de Fiscalización Laboral que ha sido creado, pero que hasta la fecha no se ha implementado.

Instrumentos internacionales sobre inspección de trabajo

El interés de la OIT por el sistema de inspección se remonta a la época de su fundación. Ello explica la existencia de varios instrumentos normativos como son los que se mencionan a continuación. No todos los Convenios existentes han sido ratificados por el Perú.

Convenio 21 - Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21), no ratificado.

Convenio 81 - Sobre la inspección del trabajo de 1947, ratificado por el Perú el 1 de febrero de 1960.

Protocolo de 1995 - Relativo al convenio 81 sobre la Inspección del Trabajo de 1947.

Convenio 85 - Convenio sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 85), no ratificado.

Convenio 129 - Sobre la inspección del trabajo (agricultura), no ratificado.

Convenio 178 - Sobre la inspección de trabajo a la gente de mar) de 1996, ratificado por el Perú el 4 de octubre de 2006.

Normas anteriores reguladoras de la inspección de trabajo

La legislación reguladora del sistema de inspección no ha tenido siempre una naturaleza eminentemente punitiva como la de ahora. Las normas eran fundamentalmente educativas. Además no todas las normas tenían una vocación expansiva ya que en alguna de ellas se mencionó que el sistema de inspección estaba referido solamente al notorio y evidentemente incumplimiento de las normas laborales lo que significa que lo que no tenía dicha calidad debía tramitarse en otra vía como la judicial. Además no tuvieron jerarquía legal ya que todas ellas eran decretos supremos**.**

Lo que sí se puede advertir es que hoy en día la inspección de trabajo entra al campo interpretativo a través de sus inspectores de trabajo y en muchos casos es utilizada por los sindicatos para no concurrir la vía judicial en la que empleador tiene un pleno ejercicio del derecho de defensa lo que no sucede en la vía inspectiva en la que este se encuentra seriamente recortado.

Características visibles del Sistema de Inspección de Trabajo

Encontramos que el actual sistema de inspección tiene algunas características visibles como son:

- La Ley General de Inspección es una réplica de la Ley General de Inspección de España lo que pone en evidencia una falta de capacidad de crear una norma aplicable a nuestra realidad e idiosincrasia.

- La referida norma tiene una finalidad eminentemente sancionadora o por lo menos esa es la tendencia que se muestra en la aplicación en la que se inicia procedimiento sancionatorio en casi en todos los casos, aunque se cumpla con el requerimiento formulado por el inspector de trabajo aceptando lo que este considera como infracción lo que muchas veces se acepta por consideraciones prácticas.

- El derecho de defensa es casi inexistente en la etapa de las actuaciones inspectivas ya que no se informa el objeto de la investigación ni lo que está investigando ni se da mayor posibilidad de cuestionar las decisiones del inspector, calificándose como de obstrucción cualquier incumplimiento de lo que este dispone.

- El derecho de defensa se encuentra muy recortado en la etapa del procedimiento sancionador no existiendo ninguna posibilidad de cuestionar el requerimiento que emite el inspector de trabajo que es calificado como inimpugnable.

- Como consecuencia de las facultades concedidas a los inspectores de trabajo emiten juicios de valor altamente subjetivos.

- Quien propone la multa pertenece al Sunafil y quien la aplica también pertenece a dicho organismo.

- Es un procedimiento predominantemente inquisitivo en el que toda la iniciativa la tiene el sistema de inspección.

¿Es válido el procedimiento administrativo sancionador tramitado en sede administrativa o debe realizarse en sede judicial?

El Convenio en mención es la fuente de las normas que regulan el sistema de inspección a nivel mundial. El artículo 17 de tal precepto transmite la idea de que las sanciones que se apliquen como consecuencia de la infracción de normas laborales deben declararse en sede judicial y no en la administrativa. El dispositivo en mención señala:

> "Las personas que violen las **disposiciones legales** por cuyo cumplimiento velen los inspectores de trabajo o aquellas que muestren negligencia en la observancia de las mismas, **deberán ser sometidas inmediatamente, sin aviso previo a un procedimiento judicial**. Sin embargo, **la legislación nacional podrá establecer excepciones para los casos en que deba darse un aviso previo,** a fin de remediar la situación o tomar decisiones preventivas".
>
> "Los inspectores de trabajo tendrán facultad discrecional de advertir o de aconsejar, **en vez de iniciar o recomendar un procedimiento"**.

Podemos interpretar que el espíritu del convenio es que el ente que investigaba no fuera el mismo que sancionara. Ello para garantizar la imparcialidad en

la aplicación de las sanciones y que el beneficiado con las multas no fuera el mismo fiscalizador que de esta manera tiene interés en la sanción que aplica porque la significará un ingreso.

Interrogantes

Lo señalado hasta el momento nos lleva a la formulación de determinadas interrogantes que deben ser tema de reflexión aunque no sea objeto de respuesta inmediata:

¿Es el procedimiento administrativo sancionador en el que la Autoridad de Trabajo puede ser considerado como juez y parte, una afectación del derecho de defensa y al debido proceso?

Respuesta. Como tendremos oportunidad de apreciar el derecho de defensa es inexistente en la etapa de las actuaciones inspectivas y está recortado en la etapa del procedimiento sancionador.

¿El iniciar el procedimiento administrativo sancionador implica un incumplimiento de lo señalado en el artículo 17 del Convenio 81 porque no se trata de un proceso judicial? ¿Cuál es el efecto de este eventual incumplimiento?

Respuesta. Este es un asunto que no está definido. Cuando se cuestiona la intervención de la autoridad administrativa de trabajo con el argumento mencionado esta obviamente lo rechaza.

¿Se reconoce el derecho de defensa y al debido procedimiento en la etapa de las actuaciones inspectivas?

Respuesta. En la etapa de las actuaciones inspectivas no existe el derecho de defensa ni se aseguran las garantías propias del debido procedimiento. Es más no existe ningún reconocimiento legal con respecto a estos derechos en la ley mencionada que solamente lo reconoce de manera expresa para el procedimiento sancionador. La pregunta que surge inmediatamente está referida a determinar si resulta posible que en una etapa de un procedimiento de inspección existe el derecho de defensa y al debido procedimiento si la ley no lo ha reconocido de manera expresa.

¿Se reconoce el derecho de defensa y al debido procedimiento en la etapa del procedimiento sancionador?

Respuesta. La respuesta es que si se reconoce de manera limitada en concordancia con la Ley del Procedimiento Administrativo General que se aplica

como norma supletoria en vista del reducido número de artículos procesales que contiene dicha norma.

¿Cuál es el límite de la intervención de las autoridades de inspección en lo que se refiere a determinadas situaciones concretas que son de competencia judicial o constitucional como son: a) reposición en el empleo; b) hostilidad en el empleo?

Respuesta. La Autoridad de Inspección no puede sustituir al juez cuando la ley señala su intervención como obligatoria en determinadas situaciones específicas. Este sería el caso de las demandas encaminadas a obtener el pago de indemnizaciones (por despido, accidentes de trabajo, aplicación de sanciones disciplinarias y hostilidad en el empleo).

¿Debe ponerse en conocimiento del sujeto inspeccionado la denuncia formulada sobre incumplimiento de normas laborales a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa?

Respuesta. Así debería ser a fin de permitírsele el derecho de defensa desde el momento inicial de la investigación. En la práctica esto casi no se da ya que bajo la excusa de la reserva no se informa al sujeto investigado lo que es objeto de la investigación.

¿La obligación de guardar reserva está referida a la identidad del denunciante o al contenido de la denuncia?

Respuesta. Consideramos que la intención de la ley es asegurar la reserva de la identidad del denunciante, pero no del contenido de la denuncia. Esta información que le debe ser proporcionada al sujeto investigado tiene como objeto permitirle su derecho de defensa.

¿Cuál debe ser la actitud de la inspección de trabajo ante la existencia de una reclamación por igual concepto en vía judicial?

Respuesta. De acuerdo con lo señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial debería abstenerse de seguir conociendo del caso.

¿Se aplica esta reserva a las denuncias formuladas por la organización sindical?

Respuesta. En lo que se refiere a la reserva de la identidad del denunciante y en la investigación el reglamento de la LGIT señala de manera expresa que la reserva está referida al nombre, documento de identidad y domicilio del denunciante mas no se refiere al contenido de la denuncia que debería ser puesta en conocimiento del denunciado a fin de que haga valer su derecho de defensa.

Etapas en el procedimiento de inspección:

Nos encontramos en presencia de dos etapas claramente diferenciadas como son las de:

a) actuaciones inspectivas y;

b) procedimiento sancionador.

Etapa de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones inspectivas se definen como diligencias previas al procedimiento sancionador no siéndoles de aplicación lo señalado en el Título II de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General por declaración de la misma Ley General de Inspección (art. 10).

No se le aplica a esta etapa ninguna de las reglas del Título II mencionado que está referido al procedimiento administrativo general que queda reservado para el procedimiento sancionador). La lleva a cabo un inspector de trabajo o inspector auxiliar de trabajo.

El inspector de trabajo se apoya en una normativa que le da facultades de naturaleza general y que prácticamente no impone límites a su actuación. (art. 12 de la Ley General de Inspección que tiene su origen en el convenio 81 OIT).

Tiene como características principales:

a) La lleva a cabo un inspector de trabajo o inspector auxiliar de trabajo.

b) El inspector de trabajo se apoya en una normativa que le da facultades de naturaleza general y que prácticamente no impone límites a su actuación (art. 12 de la LGIT que tiene su origen en el convenio 81 OIT).

c) Es una etapa en que no existe posibilidad de derecho de defensa o contradicción ya que no se conoce lo que actúa el inspector de Trabajo ni lo que es objeto de la investigación.

d) El sujeto inspeccionado tiene que acatar todo lo que el inspector decide con la finalidad de que este no lo acuse de obstrucción lo que genera de por sí un procedimiento sancionador adicional.

En esta el protagonista principal es el inspector de trabajo quien desarrolla su inspección sin dar mayor información sobre lo que investiga al sujeto inspeccionado. En esta etapa no se reconoce el derecho de defensa ni al debido procedimiento bajo el argumento de que se trata de una etapa de investigación previa. Esto determina que la inspección se lleve a cabo sobre la base del criterio aplicado por el inspector de trabajo que a veces actúa con la sola información que le ha proporcionado la organización sindical y no la empresa. Esta situación demuestra la afectación al derecho de defensa ya que si se escucha al denunciante debe también escucharse al denunciado para lo cual se le tiene que notificar lo denunciado desde que comienza la correspondiente investigación.

Es una etapa en que no existe ninguna posibilidad de derecho de defensa o contradicción ya que no se conoce lo que actúa el inspector de Trabajo ni lo que es objeto de la investigación.

En esta etapa el sujeto inspeccionado tiene que acatar sin posibilidad de cuestionamiento todo lo que el inspector decide para evitar que este no lo acuse de obstrucción, lo que genera de por sí un procedimiento sancionador adicional con la multa consiguiente.

Durante esta etapa no existe reconocimiento expreso del derecho de defensa ni al debido proceso como sí existe al referirse la Ley a la etapa del procedimiento sancionador. De allí posiblemente el servicio de inspección y los inspectores de trabajo consideren que tal derecho no existe y, por lo tanto, no aceptación ninguna delimitación a sus mandatos o requerimientos.

La pregunta que surge de inmediato es ¿Existe algún procedimiento en el sistema jurídico nacional en el que no exista el derecho de defensa? Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional el derecho de defensa es un derecho fundamental y se aplica en toda clase de relaciones no solamente públicas sino que se extiende también a las privadas. Dentro de dicha lógica no existiría ninguna razón para no admitir dicho derecho en la etapa de las actuaciones inspectivas, como si lo está reconocido en la etapa del procedimiento sancionador, aunque con las limitaciones que se dan en los procedimientos administrativos.

Ninguna autoridad en nuestro sistema jurídico nacional puede actuar sin control o limitación por parte de la ciudadanía más aún cuando es la afectada. Así, por ejemplo, cuando la Policía Nacional realiza una investigación tiene que poner en conocimiento del investigado lo que persigue y este tiene toda la posibilidad de ejercer su defensa. En el caso de las investigaciones fiscales llevadas

a cabo por los funcionarios de la Sunat estos tienen que notificar al contribuyente del inicio de cualquier investigación (inciso a) del artículo 61 del Código Tributario).

Etapa del procedimiento sancionador

En la que el protagonista principal es otro funcionario de la Sunafil que es el Subintendente de Resolución en primera instancia correspondiéndole resolver la segunda instancia a un funcionario de jerarquía superior como es el caso del intendente.

En el procedimiento sancionador se puede hacer uso del recurso de apelación (que pone término a la instancia administrativa) y en algunos casos a recurrir en revisión ante el Tribunal de Fiscalización Laboral que todavía no está en funcionamiento.

Se inicia con el acta de infracción que confecciona al Inspector de Trabajo sobre la base de lo que hubiese actuado **que no se agrega al expediente de la investigación que sirvió de base para la confección del acta de infracción**. El empleador no llega a conocer lo que se actuó en dicha etapa ni conoce las declaraciones que prestaron los denunciantes, ni las pruebas que estos ofrecieron.

Se da ante un funcionario que pertenece a la misma organización que el inspector de trabajo y que no tiene mayor interés de que se desautorice a este ya que en términos generales le restaría autoridad a su gestión.

Es una etapa en la que la actividad probatoria está restringida y condicionada a lo que decida el funcionario instructor. Muchas veces no hay pronunciamiento expreso sobre los medios probatorios ofrecidos y como hemos señalado no se le da al sujeto inspeccionado acceso a lo actuado en la etapa de las actuaciones inspectivas.

Impugnación de resoluciones

El único medio de impugnación es la apelación que procede solamente contra el pronunciamiento de primera instancia. El pronunciamiento de segunda instancia pone término a la instancia administrativa. En casos excepcionales se puede plantear recurso de revisión ante el recientemente creado Tribunal de Fiscalización Laboral. La multa devenga intereses desde el momento en que se expide la resolución de primera instancia lo que es injusto en razón de la demora que existe con respecto a la resolución de segunda instancia.

Contradicción de lo resuelto en vía administrativa ante el Poder Judicial

Se realiza por medio del proceso contencioso-administrativo que debe interponerse dentro de los tres meses de dictado el último pronunciamiento administrativo. El juez competente es el juez especializado de trabajo. El proceso se tramita sobre la base de las reglas que regulan el trámite del proceso contencioso administrativo. No es posible actuar nuevos medios probatorios: el proceso se resuelve sobre la base de lo actuado en instancia administrativa con su respectiva restricción de la actividad probatoria. ¿Cómo se puede desvirtuar lo que no se conoce?

La demora promedio de solución de un proceso contencioso-administrativo es de cuatro años.

Principios de la inspección de trabajo

Se encuentran señalados en el artículo 2 de la Ley General de Inspección cuyo análisis es importante para establecer si es que reconoce el derecho de defensa y al debido procedimiento. De su lectura llegamos a la conclusión de que este no menciona en forma directa el derecho de defensa o al debido procedimiento como sí lo menciona el artículo 44 de la LGIT con relación específica al procedimiento sancionador. Si no se reconoce en las reglas referidas a la etapa de las actuaciones inspectivas significa que no existe.

Facultades del inspector de trabajo

Las facultades señaladas en la ley tienen su origen en el Convenio 81 de la OIT (año 1947, entrada en vigencia en 1950), cuando los conceptos de derecho de defensa y debido procedimiento no eran conceptos generalizados ni difundidos como son ahora prácticamente no se encuentra norma legal en la que no se reconozcan dichos derechos. no reconocen dichos derechos. Estas facultades se encuentran repetidas en el artículo 5 de la Ley General de Inspección que señala:

> Artículo 5.- Facultades inspectivas:
>
> En el desarrollo de las funciones de inspección, los inspectores del trabajo que estén debidamente acreditados, están investidos de autoridad y facultados para:
>
> 1. Entrar libremente a cualquier hora del día o de la noche, y sin previo aviso, en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro laboral

sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial. Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al sujeto inspeccionado o a su representante, así como al trabajador, al representante de los trabajadores o de la organización sindical, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar la eficacia de sus funciones, identificándose con la credencial que a tales efectos se expida.

2. Hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes, por los peritos y técnicos o aquellos designados oficialmente, que estime necesario para el mejor desarrollo de la función inspectiva.

3. Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente y, en particular, para:

3.1 Requerir información, solo o ante testigos, al sujeto inspeccionado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado. Si los trabajadores evidenciaran temor a represalias o carecieran de libertad para exponer sus quejas, los inspectores los entrevistarán a solas sin la presencia de los empleadores o de sus representantes, haciéndoles saber que sus declaraciones serán confidenciales.

3.2 Exigir la presencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores y de cualesquiera sujetos incluidos en su ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante.

3.3 Examinar en el centro de trabajo la documentación y los libros de la empresa con relevancia en la verificación del cumplimiento de la legislación sociolaboral, tales como: libros, registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad, documentos del Seguro Social; planillas y boletas de pago de remuneraciones; documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; declaración jurada del Impuesto

a la Renta y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección. Obtener copias y extractos de los documentos para anexarlos al expediente administrativo así como requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas que se designen al efecto.

3.4 Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, vídeos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al sujeto inspeccionado o a su representante.

4. Recabar y obtener información, datos o antecedentes con relevancia para la función inspectiva.

5. Adoptar, en su caso, una vez finalizadas las diligencias inspectivas, cualesquiera de las siguientes medidas:

5.1 Aconsejar y recomendar la adopción de medidas para promover el mejor y más adecuado cumplimiento de las normas socio laborales.

5.2 Advertir al sujeto responsable, en vez de extender acta de infracción, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.

5.3 Requerir al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral, incluso con su justificación ante el inspector que ha realizado el requerimiento.

5.4 Requerir al sujeto inspeccionado que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores.

5.5 Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción a la labor inspectiva.

5.6 Ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos

laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

5.7 Proponer a los entes que gestionan el seguro complementario de trabajo de riesgo, la exigencia de las responsabilidades que procedan en materia de Seguridad Social en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

5.8 Comunicar a las entidades y organismos competentes en materia de Seguridad Social los hechos comprobados que puedan ser constitutivos de incumplimientos en dicho ámbito, para que puedan adoptarse medidas en orden a garantizar la protección social de los trabajadores afectados.

5.9 Cuantas otras medidas se deriven de la legislación vigente.

Además de las señaladas en la norma transcrita pueden dictar diversas medidas una de las cuales es el requerimiento **que de no ser cumplido origina una primera multa por obstrucción al no acatar lo decidido por el inspector de trabajo sin derecho a reclamo aunque su decisión fuera equivocada o no estuviera arreglada a ley.**

¿Las normas sobre inspección reconocen el derecho de defensa?

No se hace mención alguna a dicho derecho en los principios ordenadores consignados en el artículo 2 de la LGIT lo que nos lleva a preguntarnos si esta es una demostración de que no se reconoce tal derecho para esta etapa, como si lo está expresamente para el caso del procedimiento sancionador.

Es cierto que podría considerarse dentro del principio de legalidad mencionado en el acápite 1 del artículo 2 de la LGIT, pero que en la práctica no se reconoce ni se aplica.

La conclusión a la que llegamos es que el derecho de defensa solo es reconocido teóricamente y en forma muy limitada dentro de la etapa del procedimiento sancionador. Lo legal sería la aceptación de un derecho de defensa franco y abierto como se da en la vía judicial. Tal conclusión de desprende de dos hechos irrefutables:

1. Se pretende considerar que no existe tal derecho porque se califica la etapa de las actuaciones inspectivas como “diligencias previas al procedimiento sancionador” (como si ello fuese suficiente motivo

para excluirlo de un derecho tan fundamental como es el defensa que es piedra angular de nuestro sistema legal y que permite aplicar consecuencias jurídicas a quien incumple una norma.

2. Por el hecho de que tal derecho solamente está reconocido para la etapa del procedimiento sancionador.

Solución al problema

El cumplimiento del requerimiento emitido por el inspector de trabajo no debe dar origen de por sí a un procedimiento sancionador, salvo el caso de determinadas infracciones que constituyen hechos de notorio y evidente incumplimiento, constatables sin necesidad de mayor prueba por parte del inspector como son el no registrar a los trabajadores en el libro de planillas.

Es necesario que otra autoridad, diferente del inspector califique si su opinión es la correcta a través del procedimiento sancionador en el que se podrá contradecir su calificación. En todo caso el requerimiento debe ser impugnable para determinar si el mandato es válido y obligatorio.

El desconocimiento del derecho de defensa y al debido proceso en el requerimiento que emite el inspector de trabajo

Este desconocimiento se da en las diversas etapas del procedimiento como ha quedado demostrado. Nos queda por analizar cuál es la situación de este derecho ante el requerimiento**.**

Se indica a que en los casos de infracción se emitirá un requerimiento de adopción de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las medidas vulneradas de acuerdo con el inspector de trabajo. Este, por lo general, es genérico y no específico como debería ser, dispone que se adopten las medidas necesarias pero sin indicar cuáles son, lo que significa que el empleador tiene que incurrir en una especie de adivinanza para determinar cuál es la intención en el requerimiento.

El requerimiento es puesto también en conocimiento del sindicato o de los representantes de los trabajadores creando expectativas y presiones para la ejecución del mismo antes de que se encuentre definida la situación, sin tenerse en cuenta que el empleador tiene derecho en todo caso a ser sometido al procedimiento sancionador y que la decisión del inspector puede ser desautorizada.

Los requerimientos del inspector no admiten impugnación de ninguna clase. El hecho de que se cumplan no significa que no se aplicará alguna multa. El cumplimiento implica reconocimiento de la infracción y la imposibilidad de reclamar de la misma.

Se indica que en los casos de infracción se emitirá un requerimiento de adopción de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las medidas vulneradas de acuerdo con el inspector de trabajo.

Por lo general no es específico sino genérico: que se adopten las medidas necesarias pero sin indicar cuáles son y sin inimpugnables.

Experiencias negativas: inspectores

Analizaremos ahora algunas experiencias negativas ocurridas en el curso de procedimientos de inspección que hacen ver algunos de los criterios que se aplican.

Se han visto:

1) Casos de tercerización donde el inspector ha concurrido a la empresa contratista llevándose a cabo la inspección sin conocimiento ni participación de la usuaria o principal, para después de lo actuado en la primera se ha concurrido a la segunda emitiendo un requerimiento de reposición de un número importante de trabajadores que se consideró debieron estar en su planilla por calificarse la existencia de una relación de tercerización fraudulenta. En toda investigación por tercerización fraudulenta se requiere la participación de las dos empresas.

2) Caso de inspectores de trabajo que solicitan la entrega de copia fotostática de grandes cantidades importantes de documentos pretendiendo configurar como obstrucción la negativa a entregar las copias requeridas.

3) Caso de inspector de trabajo que acusó a una empresa de obstrucción por pretender filmar la actuación inspectiva.

4) Existe un alto índice de subjetividad en las investigaciones de seguridad y salud en el trabajo así como en las referidas a conducta antisindical. En el primer caso se ven propuestas de sanción a los empleadores en atención a que el inspector de trabajo considera que el reglamento respectivo debió tener determinado contenido en función de su particular interpretación de las cosas. En el segundo procede de similar manera siendo posible que tal interpretación surja de la fuerte influencia sindical que existe entre los mismos inspectores que tienen un sindicato muy pro activo.

5) No se da la inhibición de la actividad inspectiva por haberse recurrido a la vía judicial lo que atenta contra reglas expresas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6) No se aplican reglas referidas a la caducidad como son las que se aplican para los casos de nulidad de despido, hostilidad en el empleo y otras. En lo que se refiere a la prescripción se ha establecido por vía reglamentaria con una norma de jerarquía infra legal cuando la prescripción debe surgir expresamente de una norma que tenga jerarquía legal o superior.

7) Por lo general se niegan a señalar el objeto de la investigación recortando la posibilidad del sujeto investigado de desvirtuar lo denunciado. En la casi totalidad de los casos investigados no le permitieron al empleador dejar constancia de nada en el desarrollo de sus actuaciones inspectivas.

8) No acompañan al acta de infracción el sustento documentado de sus conclusiones convirtiéndose su palabra en la prueba de sus constataciones y afirmaciones.

Percepción de cierto sector del público sobre la actividad inspectiva

Se han realizado dos encuestas con la finalidad de conocer la opinión de los administrados sobre los procedimientos inspectivos y las normas que los regulan. Ningún sindicato contestó nuestra encuesta.

Estas se han dirigido a empleadores (gerentes y gerentes de recursos humanos principalmente) y a abogados que han participado en procedimientos inspectivos (tanto por trabajadores o sindicatos como por empleadores).

Las encuestas presentadas se han hecho sobre un universo total de 200 encuestados (100 para cada una).

Consideramos que las autoridades involucradas deberán ampliar la investigación hecha con la finalidad de conocer oficialmente la opinión de los administrados para de ser el caso, tomar las medidas pertinentes para mejorar el sistema y que su imagen sea percibida de mejor manera.

A continuación adjuntamos el resultado de la parte más significativa de una encuesta realizada entre los usuarios del servicio de inspección. El resultado completo va como anexo de este documento.

RESUMEN DEL RESULTADO DE LA ENCUESTA PARA EMPLEADORES

43 %	Entre 1 y 5 veces
14 %	Entre 5 y 10 veces
43 %	Más de 10 veces

¿Cuántas veces se le ha sometido a una inspección laboral en los últimos dos años?

Respuesta:

¿Cuántos procedimientos concluyeron con aplicación de multa?

29 %	Ninguno
29 %	Menos de 10
43 %	Más de 10 veces

Respuesta:

¿Se le ha informado si la inspección se inició por denuncia o de oficio?

38 %	No se le informó
63 %	Sí se le informó

¿Cuál fue la actitud de los inspectores de trabajo durante el desarrollo de la inspección?

29 %	Fue cortés
29 %	Fue descortés
43 %	Fue prepotente

¿Generalmente por parte del inspector una actitud imparcial o parcializada?

0 %	Fue parcial en favor de la empresa
89 %	Fue parcializada en favor de los trabajadores,
11 %	Fue imparcial

Como consecuencia de la inspección realizada ¿le dictaron una orden de comparecencia a las oficinas de la inspección de trabajo?

100 %	SÍ
0 %	NO

¿En qué cantidades le solicitó el inspector de trabajo que entregara copia fotostática de documentos?

14 %	No solicitó copias
29 %	Solicitó copias de menos de 1000 fojas
57 %	Solicitó copias de más de 1000 fojas

¿Durante la inspección o la comparecencia en algún momento el inspector le insinuó o amenazó con multar por obstrucción o falta de colaboración?

43 %	SÍ
57 +%	NO

¿En algún momento le solicitó al inspector de trabajo que le explicara el motivo o contenido de la denuncia que se le había formulado o de la inspección que se estaba realizando?

86 %	SÍ
14 %	NO

60 %	SÍ
40 %	NO

En caso de ser afirmativa la respuesta anterior indicar el sentido de la respuesta del inspector:

¿En algún momento le solicitó al inspector de trabajo que dejara constancia en acta de alguna manifestación de su parte?

100 %	SÍ
0 %	NO

En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa, indicar cuál fue la respuesta del inspector de trabajo

29 %	Sí le dejó
71 %	No le dejó

Durante el desarrollo de la inspección ¿intentó presentar alguna prueba al inspector de trabajo?

100 %	SÍ
0 %	NO

¿Aceptó el inspector de trabajo el ofrecimiento de medio probatorio de parte de la empresa?

100 %	SÍ
0 %	NO

¿Al concluir la inspección le emitió el inspector de trabajo algún requerimiento de cumplimiento dándole un plazo para cumplir con determinada infracción laboral que según el inspector se había cometido por parte de la empresa?

86 %	SÍ
14 %	NO

En caso de haber dado cumplimiento al requerimiento ¿se abrió procedimiento sancionador?

60 %	SÍ
0 %	NO

RESUMEN ENCUESTA PARA ABOGADOS

¿Ha intervenido como abogado patrocinante de alguna de las partes en un procedimiento sancionador?

100 %	SÍ
0 %	NO

En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa: ¿solicitó que se le diera acceso al expediente de actuaciones inspectivas para poder emitir el descargo?

40 %	Sí lo hizo pero no le dejaron
20 %	Sí lo hizo y sí le dejaron
40 %	No lo hizo

¿En algún momento le solicitó al inspector de trabajo que dejara constancia en acta de alguna manifestación de su parte?

56 %	SÍ
44 %	NO

En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa, indicar cuál fue la respuesta del inspector de trabajo:

50 %	Sí le dejó
50 %	No le dejó

Durante el desarrollo de la inspección ¿intentó Ud. presentar alguna prueba al inspector de trabajo?

100 %	SÍ
0 %	NO

100 %	SÍ
0 %	NO

¿Aceptó el inspector de trabajo el ofrecimiento de medio probatorio de parte de la empresa?

En caso de haber cumplimiento al requerimiento ¿Se abrió procedimiento sancionador?

67 %	SÍ
33 %	NO

¿Considera que en la etapa de las actuaciones inspectivas se respeta el derecho de defensa y al debido procedimiento?

0 %	SÍ
100 %	NO

¿El acta de infracción que dio inicio al procedimiento sancionador le proporcionó suficientes elementos de juicio para contestar el descargo?

17 %	SÍ
83 %	NO

En caso de haber ofrecido medios probatorios en el procedimiento sancionador:

33 %	La AT no se pronunció sobre ellos antes de la resolución
44 %	La AT se pronunció sobre los mismos recién en una resolución que puso fin a la instancia
23 %	La AT no se pronunció sobre ellos

En términos generales percibe usted que la autoridad de trabajo resuelve los procedimientos sancionadores dentro del término legal señalado en la ley, que es de 45 días**:**

0 %	Los resuelve en el plazo de Ley
67 %	Los resuelve con demora
33 %	Los resuelve con excesiva demora

¿Cuál es su apreciación con respecto a las multas que aplica la autoridad de trabajo por infracciones laborales?

0 %	Son reducidas
20 %	Son razonables
50 %	Son excesivas
30 %	Son exageradamente excesivas

¿Considera que las autoridades que resuelven los procedimientos sancionadores actúan objetivamente o subjetivamente?

11 %	Objetivamente
89 %	Subjetivamente

¿Ha recurrido a la acción contenciosa administrativa para cuestionar resoluciones emitidas por la autoridad de inspección?

70 %	SÍ
30 %	NO

Considera que la facultad de sancionar infracciones laborales le debe corresponder:

33 %	Le debe corresponder a la Sunafil
44 %	Le debe corresponder al Tribunal de Fiscalización Laboral
22 %	Le debe corresponder al Poder Judicial

Control judicial de la actividad inspectiva

El control judicial de la actividad de la inspección de trabajo es todavía tenue. Ello se debe a una serie de consideraciones como son: a) En algunos casos las multas impuestas son por un monto que no justifica incurrir en un gasto adicional para impugnar el pronunciamiento de la inspección de trabajo que es a través del proceso contencioso-administrativo. b) Ni las autoridades judiciales ni las del Tribunal Constitucional han tenido mayor oportunidad para revisar procedimientos en que se han cometido una serie de irregularidades. c) Por el transcurso del tiempo desde la entrada en vigencia de la LGI los casos de impugnación recién están llegando a conocimiento judicial.

No obstante ello ya se han presentado algunos pronunciamientos importantes por cuanto a través de la función jurisdiccional y como consecuencia de acciones contencioso-administrativas, algunas salas de trabajo vienen aplicando ciertas limitaciones a la actividad inspectiva como es el ordenar la reposición de trabajadores. De otro lado la inspección de trabajo no debería intervenir en casos, como los de hostilidad, en que por mandato expreso de la ley no deben intervenir en los casos de hostilidad que se deben ventilar en la vía judicial por mandato de la ley. Cabe destacar de otro lado que el Tribunal Constitucional viene limitando en algunos casos la actividad inspectiva por exceder el marco de sus funciones.

Control Judicial y/o Constitucional de la Sunafil: Perspectivas

La creación de la Sunafil implica un cambio en el sistema de inspección que estaba a cargo directamente del Ministerio de Trabajo. El hecho de haberse constituido un organismo autónomo aunque integrante del sector trabajo obviamente le dará más fuerza al sistema de inspección. Una situación similar a lo que ha sucedido en el ámbito tributario que además parece ser la tendencia actual en una serie de sectores creando instituciones con un poder cada vez más creciente.

Se ha creado un consejo directivo de seis miembros a ser nombrados por el Poder Ejecutivo. Este no tiene composición tripartita como y hubiese sido lo recomendable de acuerdo con la tónica que se da en el ámbito laboral, partiendo inclusive de la misma composición de la OIT que es tripartita. Aunque así no lo señalara la ley sería recomendable que se optase por una fórmula similar con la finalidad de darle aunque sea facultades de fiscalización indirecta a representantes de los trabajadores y de los empleadores. (Sería positivo que aunque no se

designaran dos directivos por cada sector por lo menos se reconociera un representante de los trabajadores y otro de los empleadores).

Se ha dispuesto la creación de un Tribunal de Fiscalización Laboral como órgano resolutivo con independencia técnica para resolver materias de su competencia. Hasta ahora no está integrado y, por lo tanto, no entra en funcionamiento. Debe asegurarse su plena autonomía de la Sunafil a fin de que pueda cumplir una función fiscalizadora de las resoluciones que esta dicta. Debe extenderse la competencia de este Tribunal a resolver los principales casos que se sometan a su competencia sin limitarlo únicamente a los casos de revisión que por su naturaleza son excepcionales.

Balance de la Ley General de Inspección

La inspección de trabajo debería ser un instrumento eficaz para asegurar preventivamente el cumplimiento de las normas laborales de jerarquía legal, lo que además de fomentar la paz social evita los conflictos en las relaciones laborales. Resulta debatible extender su competencia a temas de interpretación de convenios colectivos de trabajo que en última instancia deben ser resueltos por el Poder Judicial con el cumplimiento de las garantías inherentes al procedimiento judicial, principalmente el derecho de defensa y debido proceso que no tiene mayor restricción, como sí se da dentro del procedimiento de inspección de trabajo.

La lógica de la inspección es que a mayor vigilancia de la autoridad hay mayor cumplimiento de la normativa laboral lo que debe determinar a su vez una baja conflictividad por incumplimiento de las obligaciones del empleador.

La inspección de trabajo debe respetar derechos fundamentales básicos como son el derecho de defensa y al debido proceso que en su concepción más elemental en que el sujeto investigado sepa y conozca lo que es objeto de una investigación por parte de la autoridad desde el inicio de la misma, así como darle a quién se investiga la oportunidad de participar en la investigación y permitirle que ofrezca los medios probatorios encaminados a desvirtuar los cargos y acusaciones que se le formulen. Estos derechos deben ser reconocidos en todas las etapas del procedimiento y no estar limitadas al procedimiento sancionador convirtiendo la etapa de las actuaciones inspectivas en la única excepción al derecho de defensa en todo nuestro sistema jurídico.

La Ley General de Inspección no respeta los derechos antes mencionados desde el momento en que el inspector de trabajo no le señala al empleador lo que está investigando. El inspector de trabajo no brinda acceso a lo actuado por él amparándose en la reserva que la ley le impone que está referida a que no debe de poner en conocimiento del investigado el número del documento de identidad del denunciante ni su domicilio, lo que excluiría de dicha reserva a las denuncias formuladas por los sindicatos, lo que no se cumple. Además la reserva de la identidad del denunciante no implica no poner en conocimiento del investigado los temas que son objeto de la investigación a fin de que pueda participar en la misma.

La actividad probatoria se encuentra severamente restringida. Muchas veces no se provee la prueba ofrecida por el empleador antes de expedirse resolución, notificándose la decisión con respecto a la misma en el texto de la misma resolución.

Existe demora en resolver las apelaciones y se pretende el pago de intereses devengados desde la fecha en que se dictó la primera resolución aunque el pronunciamiento no se dicte dentro del término señalado en la ley.

La contradicción vía del proceso contencioso-administrativo es lenta no permitiéndose la presentación de nuevos medios probatorios salvo que exista una pretensión indemnizatoria

No cumple el los lineamiento fundamentales señalados en el artículo 17 del Convenio 81 OIT que hace referencia a un proceso judicial al que debe ser sometido el infractor de las normas legales.

No hay mayor publicidad de las resoluciones dictadas. No existe ninguna publicación de las resoluciones dictadas a fin de ir formando criterios de aplicación.

En materia de accidentes de trabajo la opinión y calificación de la mayor parte de inspectores de trabajo es subjetiva y de naturaleza personal.

Intervienen en actos de verdadera interpretación judicial sustituyendo la función jurisdiccional. En muchos casos los inspectores de trabajo no reúnen los requisitos para ingresar a la función judicial y en la práctica actúan como jueces o fiscales. En algunos casos la interpretación la realizan inspectores de trabajo que no son abogados advirtiéndose que en muchas actas de inspección se sigue un procedimiento de copiar y pegar de determinados párrafos de pronunciamientos judiciales y del Tribunal Constitucional (no necesariamente aplicables a la situación).

SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

1. Es conveniente la conveniencia de adecuar o compatibilizar el procedimiento sancionador con lo señalado en el artículo 17 del Convenio 81 de la OIT, a fin de encausarlo con intervención judicial para asegurar el derecho de defensa y al debido procedimiento administrativo.

2. Es necesario reconocer expresamente el derecho de defensa y al debido procedimiento en todas las etapas del procedimiento de inspección **y no limitarlo como lo hace la ley al procedimiento sancionador**. No es compatible con nuestros principios constitucionales la existencia de un procedimiento en el cual no se dé acceso a dicho derecho.

3. Para consagrar este derecho es necesario introducir en la LGI las reglas que permitan su ejercicio desde que se inicia la denuncia hasta que concluye el procedimiento sancionador. Debe incluirse de manera expresa en el artículo 2 de la Ley la garantía del derecho de defensa y al debido procedimiento a fin de que no se interprete que este solamente existe en la etapa del procedimiento sancionador.

4. La inspección de trabajo no debería estar dirigida a los casos de alegados incumplimientos de normas contractuales (sean individuales o colectivas) lo que debe quedar reservado para la actividad jurisdiccional.

5. La actividad de la inspección de trabajo debe estar circunscrita a los actos de notorio y evidente incumplimiento de normas legales. Debe reservarse para la justicia ordinaria los casos que requieren de actividad probatoria especial a fin de garantizar el derecho de defensa y al debido procedimiento.

6. La inspección de trabajo debe inhibirse del conocimiento o investigación de temas que están sometidos a la decisión judicial.

7. Es necesario dar acceso al sujeto inspeccionado a la investigación realizada en la etapa de las actuaciones inspectivas a fin de darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Lo actuado en el curso de dicha etapa debe ser puesto a disposición del acusado por

violación de normas laborales a fin de que pueda efectuar la contradicción del caso, la que no debe estar limitada solamente al acta de infracción.

8. Por razones de seguridad jurídica la LGIT debe contener un capítulo especial que regule el procedimiento sancionador sin remitirse supletoriamente a la Ley del Procedimiento Administrativo General que no necesariamente es el instrumento más idóneo para resolver los conflictos de naturaleza laboral.

PONENCIAS LIBRES

FACULTADES DE LOS INSPECTORES DEL TRABAJO EN EL CONVENIO SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO, 1947 (NÚM. 81) DE LA OIT

RAÚL G. SACO BARRIOS[1]

I. INTRODUCCIÓN

El *Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947* (Núm. 81) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio*, fue adoptado el 11 de julio de 1947, en Ginebra, durante la 30ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, y entró en vigor el 7 de abril de 1950[2]. Fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa Nº 13284, aprobada el 9 de diciembre de 1959 y promulgada el 15 de tales mes y año[3].

(1) Abogado. Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho en 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). rgsaco@pucp.edu.pe.

(2) El Convenio 81 ha sido complementado por el *Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo*, 1947 –que extiende las disposiciones del Convenio a las actividades del sector de los servicios no comerciales–, adoptado el 22 de junio de 1995, en Ginebra, durante la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, y en vigor desde el 9 de junio de 1998. En el Perú y con la Resolución Suprema Nº 69-96-RE del 24 de febrero de 1996 (publicada el 27 de iguales mes y año), este Protocolo ha sido remitido al Congreso de la República; sin embargo, todavía no ha sido ratificado. (Un "protocolo" constituye una fórmula o modalidad simplificada de revisión de un Convenio Internacional del Trabajo; cfr. MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La O.I.T.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 129).

(3) En el Perú y quizás debido a tal ratificación, la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante, LGIT), menciona expresamente al Convenio 81: en los artículos 1 ["La presente Ley tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica,

En esta ponencia presentamos las **facultades de los inspectores del trabajo** referidas en el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (Núm. 81) de la OIT[4], formulamos algunos **comentarios sobre algunas facultades específicas** y **los complementamos con las facultades indicadas en la legislación nacional** (Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento); y sobre esta base, planteamos una **síntesis**.

II. CONVENIO 81 DE LA OIT: DISPOSICIONES SOBRE LAS FACULTADES DE LOS INSPECTORES DEL TRABAJO

"Para que las normas laborales sean eficaces deben ser monitoreadas", afirma Jean-Michel Servais[5].

La *Inspección del Trabajo* requiere, para ello, la atribución de *facultades* a los *inspectores* que la ejercitan, necesarias para su buena práctica, adecuado desarrollo y cabal ejecución.

---

facultades y competencias, de conformidad con el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo" (primer párrafo); e "Inspección del Trabajo, es el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral (sic) y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo" (cuarto párrafo)]; 6 (segundo párrafo) [En el ejercicio de sus respectivas funciones, los supervisores inspectores, los inspectores del trabajo y los inspectores auxiliares gozan de autonomía técnica y funcional y se les garantiza independencia frente a cualquier influencia exterior indebida en los términos del artículo 6 del Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (...)]; 19 inciso a) ["La estructura del Sistema de Inspección del Trabajo es la siguiente: a) La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) es el ente rector y la autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo de acuerdo al Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo"]; y 25 (segundo párrafo *in fine*) ["(...) el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los Gobiernos Regionales y los órganos de la Administración Pública competentes, garantizarán que el Sistema de Inspección del Trabajo disponga de los recursos humanos, oficinas, locales, medios materiales y equipamientos necesarios y en número suficiente. Cuando no existan medios públicos apropiados, garantizarán la disposición de los medios de transporte y gastos imprevistos que se deriven del desempeño de las funciones inspectivas (sic), de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo"] (letras cursivas nuestras),

(4) El *Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (Núm. 129) de la OIT*, relativo a la *inspección del trabajo en la agricultura*, adoptado el 25 de junio de 1969, en Ginebra, durante la 53ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, y en vigor desde el 19 de enero de 1972, refiere también las facultades de los inspectores del trabajo. Como dicho Convenio no ha sido aún ratificado por el Perú, no las desarrollamos detenidamente. Sin embargo, puede verse en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C129>.

(5) SERVAIS, Jean-Michel. *Derecho Internacional del Trabajo*. Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 190.

El *Convenio sobre Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81)*[6] de la OIT establece en sus *artículos 12, 13 y 17 (párrafo 2)*[7] las *facultades de los inspectores del trabajo*: por un lado, unas *facultades de investigación* que les permiten verificar el cumplimiento de las "disposiciones legales"[8]; por otro lado, unas *facultades que permiten a los inspectores la adopción de medidas* a aplicar en los casos en que se produzcan violaciones o la inobservancia de aquellas.

En tanto que "representantes de las autoridades públicas", los inspectores tienen, pues, estos "poderes sustanciales" de "supervisión y coacción"[9].

En tal contexto:

1) Ante todo, "Al efectuar una visita de inspección, el inspector deberá notificar su presencia al empleador o a su representante, a menos que considere que dicha notificación pueda perjudicar el éxito de sus funciones" (artículo 12.2).

2) Hecho esto, los inspectores:

   - Tienen las *facultades (de investigación)* siguientes (artículo 12.1)[10]:

     • Ingresar libremente y sin comunicación previa, durante el día o la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección (artículo 12.1 a).

     • Entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección (artículo 12.1 b).

(6) Véase en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C081>.

(7) Al final y como anexo, transcribimos los artículos 12, 13 y 17 del Convenio indicado.

(8) El artículo 27 del mismo Convenio 81 determina: "En el presente Convenio la expresión *disposiciones legales* incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo".

(9) SERVAIS, Jean-Michel. Ob. cit., p. 191.

(10) "Una vez se hallan en el lugar de trabajo, los inspectores (…) deberán estar autorizados para proceder a cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente. Las prerrogativas que se les deben reconocer a este efecto se refieren a la realización de interrogatorios, la verificación de documentos y el control de productos, materias y sustancias" (OIT, Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133): *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 95, párrafo 274).

- Realizar exámenes, investigaciones o pruebas (artículo 12.1 c).
- Interrogar, a solas o en presencia de testigos, al empleador o al personal de la empresa (artículo 12.1 c i).
- Pedir la exhibición de libros, registros u otros documentos que la legislación sobre condiciones de trabajo ordene llevar; y obtener copias o extractos de aquellos (artículo 12.1 c ii).
- Requerir la colocación de avisos exigidos por la legislación (artículo 12.1 c iii).
- Tomar muestras de las substancias y materiales utilizados, con el propósito de analizarlos (artículo 12.1 c iv)[11].

- Pueden adoptar las *medidas* siguientes (artículo 13):
  - Con vistas a preservar la seguridad y la salud de los trabajadores[12]:
    - Disponer que se eliminen defectos razonablemente peligrosos en la instalación, montaje o métodos de trabajo (artículo 13.1).

(11) Al respecto, "los inspectores estarán autorizados a tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, con el propósito de analizarlos, siempre que se notifique al empleador o a su representante. Estas disposiciones pretenden garantizar el respeto de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores y, en algunos casos, de los miembros de su familia, relacionadas con la utilización o la manipulación de diversas materias o sustancias. A este respecto el inspector debe poder verificar si la presencia de esos materiales o sustancias en el lugar de actividad está de conformidad con las disposiciones legales, así como cerciorarse de que su utilización o manipulación se efectúan con apego a las reglas establecidas y proceder o hacer proceder a todos los organismos competentes a los análisis que requieran instrumentos o tecnologías específicos" (ibídem, p. 97, párrafo 278).

(12) "Evaluación de los riesgos por las empresas. En varios países industrializados las exigencias en materia de control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo son hoy mucho mayores, de manera que se han confiado a las empresas expuestas altas responsabilidades bajo la supervisión de los órganos encargados de la inspección del trabajo. En el seno de la empresa, el sistema de autoevaluación de los riesgos presupone distribuir las responsabilidades entre el empleador, los trabajadores y los comités de seguridad y salud en el trabajo. Ello tiene la ventaja de suscitar la activa colaboración de todos los actores de la empresa en cumplimiento de las prescripciones legales pertinentes. Este tipo de sistema podría aplicarse, si fuese necesario, de forma progresiva, en todos los países cuya situación económica y social lo permita. Sin embargo, los agentes públicos formados o designados con este fin deberían seguir siendo responsables del control de las condiciones de trabajo y especialmente de las relacionadas con la seguridad y la salud, y disponer de la autoridad necesaria para ello. Asimismo, al desarrollar de forma paralela sus actividades de asesoramiento e información técnica para empleadores y trabajadores, la inspección del trabajo debería ayudar a que se imponga una repartición más equilibrada de las funciones en la materia" (ibídem, p. 97).

- Ordenar que en un plazo determinado se ejecuten las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la legislación pertinente (artículo 13.2 a).
- Adoptar medidas de aplicación inmediata, en caso de peligro inminente (artículo 13.2 b).

3) El inspector tiene, además, una *facultad discrecional* –una suerte de "poder de decisión" o "libertad de decisión"[13]– de advertir y de aconsejar, en lugar de empezar o sugerir un procedimiento (artículo 17.2)[14].

Esto, porque "Las personas que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, o aquellas que muestren negligencia en la observancia de las mismas, deberán ser sometidas inmediatamente, sin aviso previo, a un procedimiento judicial". Ello no obstante, "la legislación nacional podrá establecer excepciones, para los casos en que deba darse un aviso previo, a fin de remediar la situación o tomar disposiciones preventivas" (artículo 17.1).

4) A su vez, el párrafo 8 de la *Recomendación sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81)*[15] de la OIT señala: "Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo"[16].

(13) JATOBÁ, Vera. *Inspección del Trabajo en el marco de la modernización de la Administración del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2002, p. 21.

(14) "Debe tenerse presente que sobre este punto existen diversos sistemas actualmente en aplicación, entre los cuales algunos permiten al inspector otorgar instrucciones, aplicar multas, denunciar a los tribunales, informar a los tribunales o informar a las autoridades superiores para que consideren la aplicación de multas administrativas" (JATOBÁ, Vera, loc.cit.).

(15) "Las medidas que establecen [las recomendaciones] no devienen obligatorias con la ratificación sino que constituyen normas de mera referencia a partir de las cuales los países son estimulados a basar su política, legislación y prácticas laborales" (SERVAIS, Jean-Michel. Ob. cit., p. 87). "Contrariamente a los convenios, destinados fundamentalmente (...) a crear obligaciones para los Estados que los ratifiquen, las recomendaciones internacionales del trabajo tienden solo a orientar, a proponer determinadas medidas internas en materia de política social" (MONTT BALMACEDA, Manuel. Ob. cit., p. 132).

(16) En el Perú, el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 910 –ya derogado en los títulos atinentes al "Objeto, ámbito, principios y recursos" de la Inspección del Trabajo y al "Servicio Inspectivo" (sic)– estableció una *facultad conciliatoria* a favor de los inspectores del trabajo: "El Inspector del Trabajo puede conciliar en el caso de las inspecciones especiales, y solo a solicitud expresa del trabajador y del empleador. De llegarse a un acuerdo, el acta es refrendada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, en cuyo caso dicha acta constituirá título ejecutivo".

5) De todos modos y pese a que no las desarrollaremos aquí, aclaremos que, en la otra mano, los inspectores tienen también *obligaciones* (artículo 15):

- Se prohíbe que tengan cualquier interés en las empresas que fiscalicen(17).

- Cumplir el *secreto profesional.* En tal virtud, no deben revelar, incluso después de haber dejado el servicio, los secretos comerciales o de fabricación o los métodos de producción que puedan haber conocido en el ejercicio de sus funciones(18).

- Con relación a los trabajadores, considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja que deban conocer y no manifestar al empleador que la visita de inspección obedece a la recepción de aquella(19).

III. COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS FACULTADES ESPECÍFICAS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL(20)

Conforme han sido expuestas, las facultades de los inspectores del trabajo se sintetizan en las siguientes(21): *derecho de libre entrada en los establecimientos*

(17) Según el artículo 28 inciso a) de la LGIT, los inspectores del trabajo no podrán "Tener interés directo ni indirecto en las empresas o grupos de empresas objeto de su actuación".

(18) Entre los *principios ordenadores* que rigen el *Sistema de Inspección del Trabajo*, la LGIT (artículo 2 inciso 12) consigna el *sigilo profesional*, "absteniéndose [los inspectores del trabajo] de divulgar, aun después de haber dejado el servicio, la información, procedimientos, libros, documentación, datos o antecedentes conocidos con ocasión de las actividades inspectivas (sic) así como los secretos comerciales, de fabricación o métodos de producción que puedan conocerse en el desempeño de las funciones inspectoras".

(19) Un "deber de discreción" –como lo denomina Servais–, "concerniente a la fuente de cualquier queja" (SERVAIS, Jean-Michel. Ob. cit., p. 191). En el entorno legislativo e igualmente entre los *principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo*, la LGIT (art. 2, inc. 9) establece *la confidencialidad*, "debiendo [los inspectores del trabajo] considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja o denuncia que dé a conocer una infracción a las disposiciones legales, sin manifestar al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por denuncia". En tal entorno, sin embargo, surge la duda respecto a si un empleador denunciado ante la Inspección del Trabajo tiene o no (legítimo) derecho a conocer el punto materia de reclamación.

(20) En la legislación nacional, las facultades de los inspectores del trabajo están reguladas por los artículos 5 y 6 de la LGIT, y por el artículo 6 de su Reglamento (aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 19-2006-TR del 28 de octubre de 2006, publicado el 29 de iguales mes y año).

(21) En el texto, presentamos el esquema elaborado por Max Louis Díaz. (DÍAZ, Max Louis. *Programa de Curso sobre la Inspección del Trabajo*. Centro Interamericano de Administración del Trabajo - CIAT/OIT, Lima, 1985, p. 7).

(normas, credencial, aviso previo, notificación de presencia, establecimiento sujeto a inspección, garantía del derecho de libre entrada), *derecho de investigación* (interrogatorio, inspección de libros y documentos, carteles y avisos, toma de muestras y análisis), *derecho de dictar disposiciones de carácter reglamentario* (adopción de medidas a fin de eliminar defectos, notificación con plazo de ejecución, notificación sin plazo de ejecución, recurso contra las decisiones del inspector, ausencia de facultades directas de conminación, publicidad de las medidas ordenadas por el inspector) y *otros derechos* (convocar a las partes, auxiliarse con aparatos, etc.).

En este apartado y sin perjuicio de la importancia de las demás, nos referimos específicamente a las facultades de *ingresar libremente y sin comunicación previa, durante el día o la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección;* y de *interrogar, a solas o en presencia de testigos, al empleador o al personal de la empresa.* También, a la *facultad discrecional* de los inspectores del trabajo respecto a *advertir y aconsejar* en vez de iniciar o proponer un procedimiento; y a la de *someter a las personas infractoras* a tal procedimiento.

1. Facultad de ingreso libre y sin comunicación previa

Sobre la *facultad de ingreso libre y sin comunicación previa,* concretamente, planteamos las apreciaciones siguientes[22]:

En primer lugar, "se pretende garantizar que los inspectores puedan efectuar controles en todo momento oportuno, sin previa notificación, y con la libertad necesaria para asegurar la mayor eficacia procurando no interferir inútilmente en los trabajos que se están realizando"[23]. Esto, porque "las visitas sin previa notificación tienen la ventaja de permitir al inspector entrar en el lugar de control sin notificarlo previamente al empleador o a su representante, siempre que se tema la práctica de maniobras que puedan disimular una infracción, modificar con esta intención las condiciones habituales de trabajo, alejar a un testigo o hacer imposible el control. La práctica habitual de las visitas sin previa notificación es tanto más útil cuanto que además permite a los inspectores cumplir las reglas de confidencialidad (...) en cuanto al objeto preciso del control cuando el origen de este sea una queja o una denuncia"[24].

(22) Cfr. FUENTES CANDELAS, Rosa. *La Inspección del Trabajo en los Convenios 81 y 129 de la OIT: breves reflexiones sobre su adecuado cumplimiento.* Lima, 2004, texto policopiado, pp. 5-8.

(23) OIT, *Estudio general*... Ob. cit., p. 90, párrafo 261.

(24) Ibídem, p. 91, párrafo 263.

En segundo lugar, aunque destaca entre las demás atribuciones o prerrogativas de los inspectores, *tal facultad es la más cuestionada o impugnada*: mal ejercida o utilizada, puede ocasionar –en el extremo– situaciones de abuso o, más propiamente, *desviaciones de poder*[25]*;* acaso lesivas de derechos fundamentales de los empleadores (por ejemplo, a la inviolabilidad del domicilio[26] y al debido proceso[27]).

En tercer lugar, advirtamos que *se trata de una facultad amplísima y necesaria*: es el sustento mismo de la Inspección del Trabajo –permite la realización de visitas de inspección– y autoriza a los inspectores del trabajo a "percibir por sí mismos y a través de sus propios sentidos la realidad de los hechos"[28]. Aun cuando sea factible el uso de otras formas de investigación, "siempre será necesario que la constatación de la realidad de los hechos no pueda verse perjudicada o menoscabada"[29].

A saber, la relación o contrato de trabajo es una *relación-realidad* o *contrato-realidad*[30]; y los *principios de la primacía de la realidad*[31]y de *veracidad*[32] informan, inspiran u orientan, respectivamente, al Derecho del Trabajo y al Derecho Procesal del Trabajo. También, al Derecho Administrativo del Trabajo y a la Administración del Trabajo (a los que compete, en cada país, la regulación de la Inspección del Trabajo)[33].

(25) En el ámbito del Derecho Administrativo, el *abuso del derecho* constituye, en rigor, una *desviación de poder*.

(26) En el Perú, el artículo 2, inciso 9 de la Constitución establece: "Toda persona tiene derecho: A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

(27) También en nuestro país, el artículo 139. inciso 3 de la Constitución fija que es principio y derecho de la función jurisdiccional "la observancia del debido proceso". Tal principio y derecho se aplica a cualesquiera procedimientos (judiciales, administrativos o entre particulares).

(28) FUENTES CANDELAS, Rosa. Ob. cit., p. 6.

(29) Loc. cit.

(30) Conforme habría propuesto Mario De la Cueva.

(31) "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" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313).

(32) Vid. SACO BARRIOS, Raúl G. "Deberes y obligaciones de las partes y de sus abogados: veracidad, buena fe y obligaciones en el proceso laboral". En: *II Congreso Internacional del 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, pp. 335-337.

(33) En nuestra opinión, el principio de veracidad concierne también al Derecho Administrativo del Trabajo. Así, por ejemplo, en el Perú y por cuanto toca: al *Derecho Administrativo*, en general, la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, determina un *Principio de presunción de veracidad*: "En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario" (Título Preliminar, artículo IV,

En cuarto lugar, esta facultad de libre ingreso y sin comunicación previa acredita, en sí o por sí misma, *dos aspectos básicos*: la *libertad de utilizarla* cuando resulte preciso, sin importar la hora, y la *falta de una comunicación anterior*. Ambos sucesos implican, *por un lado*, que concierne a la Inspección del Trabajo (no al empleador ni a sus representantes, no a los trabajadores ni al sindicato) decretar cuándo debe llevarse a cabo la visita de inspección; y *por otro lado*, que la efectividad y eficacia de las visitas de inspección, respecto a verificar la realidad de los hechos, dependen de la ausencia de un aviso previo(34).

En efecto, "las modalidades de ejercicio del derecho de libre entrada en los lugares de trabajo (...) tienen por objeto brindar a los inspectores la posibilidad de efectuar, donde sean necesarios y cuando sean posibles, los controles encaminados a garantizar la aplicación de las disposiciones legales sobre las condiciones de trabajo. La protección de los trabajadores y las exigencias técnicas del control deberían ser los factores primordiales a la hora de determinar el momento apropiado de las visitas para que, por ejemplo, se puedan constatar infracciones como condiciones abusivas de trabajo nocturno en un establecimiento que oficialmente solo funcione de día, o se puedan efectuar controles técnicos en los que se requiera parar las máquinas o el proceso de fabricación. Corresponde a los inspectores decidir si una visita es razonable o no lo es, pero evidentemente los controles nocturnos o fuera de los horarios de trabajo solo deberían efectuarse con buen criterio. (...) las labores nocturnas de los inspectores deberían limitarse a aquellos asuntos que no puedan controlarse de manera efectiva durante el día (...)"(35).

En quinto lugar, dicha facultad no es absoluta sino, más bien, limitada y debe satisfacer *dos requisitos*: el *lugar a inspeccionar* debe ser un centro de trabajo o establecimiento –es decir, un lugar "incluido en el ámbito de actuación de la Inspección del Trabajo"–; y *el inspector tiene que acreditar debidamente su identidad y notificar su presencia* al empleador o su representante(36), *salvo que estime que dicha notificación pueda afectar el éxito de sus funciones*.

1, 1.8.); y al *Derecho Administrativo del Trabajo*, en particular, la LGIT refiere, entre los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, a la *primacía de la realidad*: "(…) en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados" (artículo2).

(34) FUENTES CANDELAS, Rosa. Ob. cit., p. 6.

(35) OIT. *Estudio general* ... Ob. cit., p. 94, párrafo 270.

(36) FUENTES CANDELAS, Rosa. Loc. cit.

Esto último, "para permitir una inicial observación de lo que realmente está aconteciendo en un lugar de trabajo y evitar que sus responsables puedan adoptar medidas que alteren la realidad de los hechos"[37].

Ciertamente y por cuanto toca al lugar de la inspección, pueden existir *excepciones*. Por ejemplo:

- El *Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969* (*Núm. 129*) ordena en el artículo 16 párrafo 2 que "Los inspectores del trabajo no podrán entrar en el domicilio privado del productor en aplicación de los apartados a) [entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo sitio de trabajo sujeto a inspección] o b) [entrar de día en cualquier lugar respecto del cual tengan motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección] del párrafo 1 del presente artículo sino con el consentimiento del productor o con una autorización especial concedida por la autoridad competente".

- En la legislación nacional, la LGIT (artículo 4, inciso 5) refiere el ámbito de actuación de la Inspección del Trabajo y precisa que esta se ejerce en "Los domicilios en los que presten servicios los trabajadores del hogar, con las limitaciones a la facultad de entrada libre de los inspectores, cuando se trata del domicilio del empleador".

- El *trabajo a domicilio* acarrea también dificultades; en definitiva, el ingreso libre del inspector al "centro de trabajo", esto es, al domicilio del trabajador, está sujeto a la decisión de este[38].

- El *teletrabajo* plantea una curiosa cuestión a propósito del *derecho a la privacidad del (tele) trabajador:* "Este derecho, común a todos los trabajadores, puede entrar en crisis en el teletrabajo. En efecto, esta modalidad laboral se desarrolla muchas veces en el propio hogar del trabajador y ello implica la fusión entre el trabajo y la vida privada;

(37) Ibídem, p. 7.

(38) En el Perú, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 3-97-TR del 21 de marzo de 1997) define el *trabajo a domicilio*: "Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse. En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario".

> el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; el lugar de trabajo y el lugar de convivencia con la familia. El poder de dirección encuentra un límite adicional en ese ámbito privado del trabajador: solo podrá ingresar con el permiso de este último y en las condiciones que el trabajador determine. Es decir que el empleador no tendrá un derecho unilateral de visitar el hogar del teletrabajador sin su consentimiento. El supervisor que ingresa en el hogar debe por demás justificar 'motivos relevantes', como por ejemplo eventuales daños que la prestación del trabajo esté causando a terceros"[39]. A nuestro juicio, lo dicho es aplicable, *mutatis mutandi*, a la Inspección del Trabajo y al inspector.

Interesa anotar que "muchas disposiciones nacionales que autorizan la visita de los inspectores a los sitios de trabajo excluyen de la protección laboral a muchas personas que realizan trabajos domésticos o que son trabajadores a domicilio, la mayoría de los cuales son mujeres"[40].

¿Qué dice nuestra legislación?

Conforme al artículo 5 inciso 1 de la LGIT, los inspectores del trabajo están autorizados y facultados para: "Entrar libremente a cualquier hora del día o de la noche, y sin previo aviso, en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro laboral sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o en su defecto, la oportuna autorización judicial. Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al sujeto inspeccionado o a su representante, así como al trabajador, al representante de los trabajadores o de la organización sindical, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar la eficacia de sus funciones, identificándose con la credencial que a tales efectos de expida".

Ello no obstante, "si bien la facultad del inspector de ingresar libremente y sin previa notificación (...) es esencial para obtener información, especialmente relacionada a hechos, que sin esa medida sorpresiva no sería posible [lograr] –(...) por ejemplo advertir un despido de hecho o la existencia de trabajadores fuera de planilla– también es verdad que la verificación hecha en un

(39) RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 2000, p. 279.

(40) OIT. *Estudio general* ... Ob. cit., p. 91, párrafo 264.

determinado momento, sin mayor análisis ni investigación, podría ser errónea y hasta arbitraria"[41].

Además, la aplicación del principio de la primacía de la realidad por los inspectores del trabajo ha sido bastante criticada[42]: es obvio que si aquella se circunscribiera únicamente a la mera constatación de hechos que requieran inmediata comprobación o evidencien un notorio incumplimiento por parte del empleador sometido a inspección, "no sería cuestionada por los administrados, sino sería esencial para cumplir con dicha labor"[43]. Empero, "los problemas han surgido al momento de revisar actas de infracción que (...) constituyen en la práctica un pronunciamiento del inspector que es tomado como válido por la Autoridad Administrativa que resuelve, y que contiene incertidumbres de gran relevancia jurídica o materia controvertida sin realizar mayor análisis ni investigación, siendo en muchos casos una actividad de tipo jurisdiccional, reservada para el Poder Judicial"[44]. En definitiva, "hay controversias jurídicas que requieren (...) una serie de elementos probatorios, y las garantías propias de un debido proceso judicial, que no pueden ser advertidas o calificadas en la etapa de investigación que realiza el inspector, como sucede (...) cuando se tiene que determinar la existencia de una relación laboral. Esto se agrava si para ello se requiere de alguna técnica o pericia que le es ajena al inspector de trabajo, situaciones que además no pueden ser advertidas por la Autoridad resolutiva"[45].

2. Facultad de interrogación al empleador y al personal de la empresa

El inspector del trabajo tiene la facultad de interrogar, a solas o en presencia de testigos, al empleador o al personal de la empresa.

Los inspectores del trabajo "deben estar autorizados para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa sobre cualquier asunto

(41) SERVAT PEREIRA DE SOUZA, Roberto Juan. "El inspector y su rol en la investigación como factor determinante para el éxito del Sistema de Inspección del Trabajo". En: *Laborem*. Nº 10, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2010, p. 274.

(42) Por ejemplo, Fernando Elías Mantero formula las interrogantes siguientes: ¿qué se debe entender por "hecho constatado"?, ¿qué ocurre si el "hecho constatado" no contradice documento formal alguno porque este sencillamente no existe?, ¿cómo se debe actuar cuando un hecho denunciado no ha sido verificado?, ¿cuáles son los alcances y límites para la aplicación del principio de la primacía de la realidad por los inspectores del trabajo? [ELÍAS MANTERO, Fernando. *Reflexiones sobre el Sistema de Inspección del Trabajo como instrumento de solución de conflictos laborales. Sombras en el Sistema de Inspección del Trabajo*. Conferencia dictada en abril de 2014 en el marco de un conversatorio sobre Inspección del Trabajo organizado por la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT)].

(43) Ibídem, p. 283.

(44) Loc. cit. En efecto, el artículo 139 inciso 1 de la Constitución indica que son *principios y derechos de la función jurisdiccional*, su unidad y exclusividad.

(45) SERVAT PEREIRA DE SOUZA, Roberto Juan. Ob. cit., p. 284.

relativo a la aplicación de las disposiciones legales. Además, (...) se prevé la facultad del inspector de interrogar, en las mismas condiciones, a cualquier otra persona que allí se encuentre. (...) para garantizar que las declaraciones sean todo lo espontáneas y fiables que sea posible, es indispensable que el inspector del trabajo decida si juzga oportuno proceder a los interrogatorios con toda confidencialidad cuando la materia lo exige. De esta forma, se puede evitar poner inútilmente en evidencia al empleador o a su representante ante los trabajadores o, a la inversa, exponer a los trabajadores a posibles represalias. Además, la facultad que tiene el inspector de proceder a los interrogatorios de la forma que estime más conveniente permite evitar tener que convocar a las partes en sus servicios"(46).

Esta facultad de interrogación es de la mayor importancia para el logro de la investigación, porque "con demasiada frecuencia los trabajadores no están en condiciones ni gozan de las necesarias garantías para poder expresarse libremente cuando son interrogados ante el empleador o sus representantes"(47).

Naturalmente, el requerimiento de la presencia conjunta de empleador y trabajador(es) durante la investigación, en general, y en los interrogatorios, en particular, perjudica el ejercicio de tal facultad, incomoda a estos, afecta el normal desarrollo de la inspección y lesiona –creemos– el derecho (fundamental) de los trabajadores al debido proceso.

En la legislación peruana y de acuerdo con el artículo 5 inciso 3.1 de la LGIT, los inspectores del trabajo están investidos de autoridad para: "Requerir información, solo o ante testigos, al sujeto inspeccionado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado. Si los trabajadores evidenciaran temor a represalias o carecieran de libertad para exponer sus quejas, los inspectores los entrevistarán a solas sin la presencia de los empleadores o de sus representantes, haciéndoles saber que sus declaraciones serán confidenciales".

3. Facultad discrecional (de advertir y de aconsejar) y de someter a las personas infractoras a un procedimiento

En este punto, relievamos la *facultad discrecional* de los inspectores del trabajo "de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento"

(46) OIT. *Estudio general* ... Ob. cit., p. 96, párrafo 275.

(47) FUENTES CANDELAS, Rosa. Ob. cit., p. 7.

(artículo 17.2) y la facultad a ellos otorgada respecto a *someter a las personas infractoras* (por violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento vele la Inspección del Trabajo, o por negligencia en la observancia de estas) *a un procedimiento* ("judicial", prescribe el artículo 17.1).

En verdad, "los controles pueden derivar en acusación, en algunos países a iniciativa directa del inspector, en otros, luego de que el organismo competente ponga los procedimientos legales en acción"[48].

Además, los inspectores tienen también un "poder de coacción"; vale decir: "El Convenio Nº 81 y, consecuentemente, la legislación de varios países abren dos vías de acción: o los empleadores cuentan con un límite de tiempo para dar los pasos con miras a remediar las deficiencias encontradas, o se les requiere que tomen medidas inmediatamente si existe un peligro inminente para la salud o la seguridad de los trabajadores. No obstante, la legislación y práctica nacionales no siempre dan tan vastas funciones a los inspectores, aunque el artículo 13 establezca que tienen el derecho de dirigirse a la autoridad competente para que esta ordene lo que corresponda o adopte medidas de aplicación inmediata. En cualquier caso, las decisiones de los inspectores habitualmente pueden ser recurridas ante los tribunales"[49].

En tal entorno, importa la facultad de los inspectores del trabajo para emitir *actas de infracción*.

Ahora bien, no existe en el Convenio 81 una referencia expresa y específica a dicha facultad, aun cuando la consideramos implícita en sus artículos 17 y 18[50].

Acaso por tal motivo, se ha dado cuenta de la existencia de actas discordantes de la regulación introducida por tal Convenio "en las que los inspectores únicamente dejan constancia de las diligencias realizadas, dando fe en su caso de las manifestaciones realizadas por las partes en su presencia, sin realizar mayores investigaciones ni proponer o solicitar en los supuestos de infracción el sometimiento a un procedimiento sancionador. Sin embargo, ni los Convenios [81 y 129] de

(48) SERVAIS, Jean-Michel. Ob. cit., pp. 191-192.

(49) Ibídem, p. 192.

(50) Cfr. FUENTES CANDELAS, Rosa. Ob. cit., p. 8. De acuerdo con el artículo 18 del Convenio 81, "La legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas en los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, y en aquellos en que se obstruya a los inspectores del trabajo en el desempeño de sus funciones".

OIT ni habitualmente las legislaciones nacionales contemplan la posibilidad de que los inspectores de trabajo actúen como simples fedatarios públicos. La verdadera razón de ser de la fuerza o valor probatorio que las legislaciones nacionales frecuentemente otorgan a los hechos comprobados por los inspectores de trabajo, radica en la necesidad de acreditar aquellos hechos que han constatado directamente a través de sus propios sentidos, para así poder reprender las conductas infractoras contrarias a sus respectivos ordenamientos jurídicos y aplicar las sanciones que correspondan"[51].

¿Cómo opera la legislación nacional?

Según el artículo 5 incisos 5.1 y 5.2 de la LGIT, los inspectores del trabajo tienen autoridad y facultades para: "Aconsejar y recomendar la adopción de medidas para promover el mejor y más adecuado cumplimiento de las normas sociolaborales"[52]; y "Advertir al sujeto responsable, en vez de extender acta de infracción, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores".

El artículo 20 del Reglamento de la LGIT (aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 19-2006-TR del 28 de octubre de 2006, publicado el 29 de iguales mes y año; en adelante, "el Reglamento"), regula las *medidas de advertencia y requerimiento;* en lo esencial: estas deben notificarse al empleador sujeto de la inspección y a los trabajadores, a las organizaciones sindicales que los representen o a los representantes de los trabajadores; el acto que las disponga debe determinar el plazo otorgado para acreditar las subsanaciones pertinentes ante la Inspección del Trabajo; no son impugnables; las medidas de requerimiento disponen el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo, o que se garantice el pago de las obligaciones de los trabajadores (de verificarse que la empresa no cuenta con recursos financieros suficientes para hacerse cargo de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores); y se disponen y ejecutan sin perjuicio de las multas que pueda imponer la Autoridad de Inspección a cargo del procedimiento administrativo sancionador.

(51) Loc. cit.

(52) La palabra "sociolaboral" no está registrada en el *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed., DRAE, 2001. Sin embargo, la LGIT la utiliza; por eso la incluimos en el texto.

Asimismo, el artículo 5 inciso 5.5 de la LGIT señala que los inspectores pueden: "Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción(53) o de infracción por obstrucción a la labor inspectiva"(54).

De todos modos, debiera privilegiarse siempre el cumplimiento con relación al trabajador, aun cuando esto implique que el Estado pueda ostentar un sistema de Inspección del Trabajo menos contundente(55). Con certeza, "las carencias económicas que afrontan dichos empresarios [titulares o conductores de pequeñas y micro empresas], las dificultades para tener una organización preparada y ágil ante los requerimientos del fiscalizador, aunada a la informalidad y gran movilidad, nos obligan a utilizar la sanción como medida extrema ante la negativa de cumplir con las obligaciones sociolaborales"(56). En el procedimiento de inspección, "tienen que existir todas las posibilidades que permitan garantizar de la mejor forma el cumplimiento de la legislación sociolaboral, desde la advertencia, la recomendación, el requerimiento, hasta la sanción si fuera necesaria, de tal manera que la norma sea un instrumento que facilite actuar con eficiencia en cada caso y de acuerdo a las circunstancias particulares"(57).

(53) Sobre las *actas de infracción*, el artículo 16 de la LGIT refiere: "Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva (sic), se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador. Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección del Trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalicen las medidas inspectivas (sic) que se adopten". Por su parte, el artículo 54 del Reglamento señala su *contenido*: "El acta de infracción que se extienda debe poseer el siguiente contenido mínimo: a) Identificación del sujeto responsable, con expresión de su nombre, y apellidos o razón social, domicilio y actividad económica. Idénticos datos de identificación se reflejarán para los sujetos que deban responder solidaria o subsidiariamente. En caso de obstrucción a la labor inspectiva (sic) o de empresas informales, se consignarán los datos que hayan podido constatarse. b) Los medios de investigación utilizados para la constatación de los hechos en los que se fundamenta el acta. c) Los hechos comprobados por el inspector del trabajo, constitutivos de infracción. d) La infracción o infracciones que se aprecian, con especificación de los preceptos y normas que se estiman vulneradas, su calificación y tipificación legal. e) La sanción que se propone, su cuantificación y graduación, con expresión de los criterios utilizados a dichos efectos. De apreciarse la existencia de reincidencia en la comisión de una infracción, deberá consignarse dicha circunstancia con su respectivo fundamento. f) La responsabilidad que se impute a los sujetos responsables, con expresión de su fundamento fáctico y jurídico".

(54) La palabra "inspectivo" no está registrada en el *Diccionario de la Real Academia Española*. 22ª ed., DRAE, 2001. Sin embargo, la LGIT la utiliza; por eso la incluimos en el texto.

(55) SERVAT PEREIRA DE SOUZA, Roberto, Ob. cit., p. 276.

(56) Loc. cit. Según Servat, "La Ley, lejos de buscar la aplicación de una sanción como efecto inmediato de la fiscalización, premia la adecuada protección del trabajador y la cultura de cumplimiento por parte del empleador. En otras palabras, prima la protección del trabajador sobre el afán punitivo del Estado" (loc. cit.).

(57) Ibídem, p. 277.

IV. SÍNTESIS

El Convenio sobre Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81) de la OIT establece las facultades de los inspectores del trabajo: facultades de investigación, que les permiten verificar el cumplimiento de las "disposiciones legales"; y facultades que permiten a los inspectores la adopción de medidas a aplicar en los casos en que se produzcan violaciones o la inobservancia de aquellas.

El inspector tiene, además, una facultad discrecional –una suerte de "poder de decisión" o "libertad de decisión"– que le permite advertir y aconsejar, en lugar de empezar o sugerir un procedimiento.

Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo.

Los inspectores tienen también obligaciones: están prohibidos de tener cualquier interés en las empresas que fiscalicen, deben cumplir el secreto profesional y guardar reserva respecto al origen de cualquier queja.

Destacan las facultades de ingresar libremente y sin comunicación previa, durante el día o la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección; y de interrogar, a solas o en presencia de testigos, al empleador o al personal de la empresa. También, la facultad discrecional de los inspectores del trabajo respecto a advertir y aconsejar en vez de iniciar o proponer un procedimiento; y a la de someter a las personas infractoras a tal procedimiento.

Todas estas facultades tienen sus propias peculiaridades.

ANEXO

CONVENIO SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO, 1947 (NÚM. 81)

Convenio relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio

(Entrada en vigor: 7 abril 1950)

Adopción: Ginebra, 30ª reunión CIT (11 julio 1947)

Artículo 12

1. Los inspectores del trabajo que acrediten debidamente su identidad estarán autorizados:

(a) para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección;

(b) para entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección; y

(c) para proceder a cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente y, en particular:

(i) para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales;

(ii) para exigir la presentación de libros, registros u otros documentos que la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo ordene llevar, a fin de comprobar que están de conformidad con las disposiciones legales, y para obtener copias o extractos de los mismos;

(iii) para requerir la colocación de los avisos que exijan las disposiciones legales;

(iv) para tomar o sacar muestras de substancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, con el propósito de analizarlos, siempre que se notifique al empleador o a su representante, a menos que considere que dicha notificación pueda perjudicar el éxito de sus funciones.

2. Al efectuar una visita de inspección, el inspector deberá notificar su presencia al empleador o a su representante, a menos que considere que dicha notificación pueda perjudicar el éxito de sus funciones.

Artículo 13

1. Los inspectores del trabajo estarán facultados para tomar medidas a fin de que se eliminen los defectos observados en la instalación, en el montaje o en los métodos de trabajo que, según ellos, constituyan razonablemente un peligro para la salud o seguridad de los trabajadores.

2. A fin de permitir la adopción de dichas medidas, los inspectores del trabajo estarán facultados, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, a ordenar o hacer ordenar:

(a) las modificaciones en la instalación, dentro de un plazo determinado, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad de los trabajadores; o

(b) la adopción de medidas de aplicación inmediata, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores.

3. Cuando el procedimiento prescrito en el párrafo 2 no sea compatible con la práctica administrativa o judicial del Miembro, los inspectores tendrán derecho de dirigirse a la autoridad competente para que esta ordene lo que haya lugar o adopte medidas de aplicación inmediata.

Artículo 17

1. Las personas que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, o aquellas que muestren negligencia en la observancia de las mismas, deberán ser sometidas inmediatamente, sin aviso previo, a un procedimiento judicial. Sin embargo, la legislación nacional podrá establecer excepciones, para los casos en que deba darse un aviso previo, a fin de remediar la situación o tomar disposiciones preventivas.

2. Los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento.

LA SUNAFIL Y EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU[1]

La inspección de trabajo es un proceso de fiscalización del Estado a través del cual se busca prevenir, corregir y sancionar el incumplimiento de las normas laborales.

Es un proceso a través del cual la Sunafil realiza visitas inspectivas, solicita documentos, requiere a los empleadores para que se presenten en sus instalaciones, ordena la suspensión de actividades, propone multas, etc. Como cualquier procedimiento, desde el inicio hasta el término de las etapas de investigación y sanción, la Sunafil debe observar el debido proceso. También debe observar este principio constitucional el Tribunal de Fiscalización Laboral que, esperamos, pronto entre en funcionamiento[2].

El presente trabajo busca compartir reflexiones sobre el debido proceso en la etapa inspectiva de la fiscalización laboral, esto es, desde la orden de inspección hasta la emisión del acta de infracción por el inspector de trabajo. La observancia del debido proceso constitucional es la herramienta más relevante que tienen los inspectores para llevar a cabo la fiscalización, especialmente para sustentar

(1) Miembro de la SPDTSS. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) La independencia y el prestigio que debe tener el Tribunal de Fiscalización Laboral dependerá de sus integrantes. Ojalá que los vocales que sean seleccionados sean de tal nivel que garanticen la autonomía de este tribunal así como unifique los criterios dispersos inspectivos.

sus actuaciones y, a su vez, no afectar la presunción de inocencia constitucional del empleador.

En las siguientes líneas primero describiremos brevemente el marco del debido proceso y su aplicación a la fiscalización laboral, luego desarrollaremos las relaciones entre el debido proceso y la presunción de inocencia del empleador y finalmente comentar varias resoluciones del proceso sancionador inspectivo como de procesos judiciales (procesos ordinarios y de amparo) que se han referido al principio constitucional que trataremos.

I. DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL Y FISCALIZACIÓN LABORAL

1. La inspección laboral

Si un trabajador considera que se ha vulnerado sus derechos, tiene tres vías para acudir: i) juicios laborales ordinarios bajo el procedimiento de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ii) inspección laboral, y iii) procesos de amparo solo en los supuestos previstos por las normas y el Tribunal Constitucional (TC).

Las normas de inspección tienen un procedimiento, etapas de investigación y sanción determinados así como garantías para el debido proceso. Sin embargo, no siempre el proceso adecuado se observa y se pierde eficacia en las fiscalizaciones laborales.

El Ministerio de Trabajo ha calculado que el actual servicio inspectivo cubre solo el 20 % de la demanda de fiscalizaciones del país, requiriéndose más de 2000 inspectores, cinco veces más que el actual número de fiscalizadores. Este año comenzarán los procesos de selección para nuevos inspectores, tenemos un nuevo Superintendente y la Sunafil comenzará a funcionar en el interior del país progresivamente. Con todas estas expectativas, la relevancia de la observancia del debido proceso es clave para garantizar la calidad de las inspecciones de trabajo y, con ello, el respeto a los inspectores y la Sunafil.

El sistema de inspección laboral, sin duda, es uno de los instrumentos o herramientas legales que más ha contribuido a la tutela de derechos laborales en el Perú en los últimos años. Hoy es claramente un instrumento muy utilizado sobre todo por organizaciones sindicales y trabajadores para lograr pretensiones concretas y que antes solamente eran reservadas a los juicios laborales.

El sistema de inspección del trabajo está integrado por un conjunto de normas, órganos, medios y servidores públicos orientados a prevenir y verificar el adecuado cumplimiento de la normativa laboral. Para tal efecto, una de las funciones del proceso inspectivo es su actuación preventiva y tiene como finalidad prevenir y/o sancionar el incumplimiento de la normativa laboral. No obstante, esta actuación –que se configura mediante las órdenes de orientación y fiscalización– no tiene el nivel de cobertura que se desearía, por lo que hay concentración de las fiscalizaciones en sectores urbanos y de mediana a gran empresa.

2. Debido proceso constitucional

Todo el proceso inspectivo y sancionador debe respetar los derechos fundamentales, y del lado del fiscalizado el debido proceso es uno de los más relevantes. No debe olvidarse que "solo podrá ser considerarse que la actividad inspectora es válida y eficaz cuando los actos de constatación se lleven a cabo con pleno respeto de derechos fundamentales"[3].

Con la finalidad de asegurar un uso adecuado de las prerrogativas y facultades otorgadas por ley a los funcionarios públicos –evitando de este modo un desvío de poder en perjuicio de los particulares o administrados– es que el ordenamiento sujeta los actos administrativos que se emiten en el procedimiento de inspección al cumplimiento de las garantías y seguridades que contiene el derecho a un debido procedimiento. En este sentido, resultaría evidente la incompatibilidad con la Constitución de una decisión emitida por los inspectores de trabajo que no permita su revisión por parte del administrado; vale decir, que se emita sin especificar, a través de un razonamiento lógico objetivo, cómo ciertos hechos debidamente constatados se enmarcan dentro del supuesto previsto por la norma infringida.

El debido proceso se encuentra reconocido por el numeral 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú[4], es una garantía de la administración de justicia que importa la observancia del debido proceso y que se aplica a todo procedimiento tal como lo indica el TC (Exp. Nº 02167-2007-PA/TC):

> "El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial sino también en el ámbito del procedimiento administrativo".

(3) GARCÍA RUBIO, Amparo. *La inspección de trabajo y seguridad social*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 307.

(4) Constitución Política del Perú.- Artículo 139, numeral 3.- "La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

Asimismo, en el fundamento 35 del Exp. Nº 6149-2006-PA/TC también se ha señalado lo siguiente:

> "El derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado".

En otra sentencia, el TC sostuvo (Exp. Nº 5719-2005-PA/TC) "(...) en todo procedimiento administrativo resultan plenamente aplicables los criterios jurisprudenciales relacionados con el debido proceso, así como los derechos y principios que lo conforman" y que "toda autoridad administrativa se encuentra en la obligación de observar y respetar el contenido del derecho a la tutela procesal efectiva en cada una de las decisiones que adopte dentro de todo procedimiento administrativo".

La mejor garantía que pueden tener los funcionarios públicos en sus actuaciones se relaciona con el debido proceso que importa un ejercicio razonable de sus facultades, sin que la presunción de veracidad de sus actos pueda afectar a los administrados. En esta línea, el Tribunal Supremo de Justicia de Madrid indicó: que "sería incompatible con la Constitución una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección o que se dispensara a la Administración de toda prueba respecto de los hechos sancionados; las exigencias constitucionales respecto a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo radican en que la presunción de legalidad, que adorna el acto administrativo, no implica en modo alguno el desplazamiento de la carga de la prueba, que ha de corresponder a la Administración".

3. Debido proceso inspectivo

Según lo dispuesto por la propia Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), el derecho al debido procedimiento administrativo es una garantía inherente al procedimiento sancionador, ya que permite exponer los argumentos de defensa, ofrecer pruebas y obtener una decisión por parte de la administración debidamente fundada en hecho y en derecho (art. 44, literal a), de la LGIT). En concreto, la observancia del debido proceso es un principio del procedimiento administrativo sancionador que implica, entre otros elementos, el derecho a "obtener una decisión por parte de la Autoridad Administrativa debidamente fundada en hechos y en derecho".

Lo expuesto es concordante con lo señalado por la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), según la cual "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" (art. IV, numeral 1.2.). Asimismo, el artículo 6 de la LPAG recoge las implicancias de la motivación como requisito de validez del acto administrativo:

> "6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (...).
>
> 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".

El acta de infracción, así como las actuaciones inspectivas que en ella se recogen, deben ser realizadas y sustentadas conforme al ordenamiento jurídico, respetando los derechos fundamentales y observando los requisitos de validez de la actuación de la administración. Es por eso que, según el artículo 3 de la LPAG, es un requisito de validez de los actos administrativos la observación del procedimiento regular previsto para su generación.

El TC, en reiteradas ocasiones, ha declarado que todo proceso administrativo debe observar el debido proceso. A través de su jurisprudencia, entre la que se encuentra la sentencia recaída en el Exp. Nº 04532-2007-PA/TC, el TC ha sido claro en señalar que en sede administrativa resulta exigible el respeto de un debido proceso hacia los administrados: "Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, 'judicial', sino, que se extiende también a sede 'administrativa'".

Efectivamente, el Tribunal Constitucional cita pronunciamientos anteriores como el recaído en el Exp. Nº 5719-2005-PA/TC, en el que sostuvo que "(...) en todo procedimiento administrativo resultan plenamente aplicables los criterios jurisprudenciales relacionados con el debido proceso, así como los derechos y principios que lo conforman" y que "toda autoridad administrativa se encuentra en la obligación de observar y respetar el contenido del derecho a la tutela procesal

efectiva en cada una de las decisiones que adopte dentro de todo procedimiento administrativo".

La motivación de los pronunciamientos o decisiones por parte de los inspectores de trabajo resulta de vital importancia, dado que su omisión o desarrollo deficiente, acarreará un vicio en el acto administrativo respectivo, de acuerdo a la legislación aplicable al presente procedimiento administrativo. Así pues, la omisión de la motivación o el sustento inadecuado deberá ocasionar que el acto de la administración pública no tenga eficacia o efecto alguno.

Lo expuesto cobra trascendental relevancia en el caso del procedimiento que regula las normas de inspección puesto que se otorga a los inspectores de trabajo una serie de prerrogativas y facultades que además de las de orientar y fomentar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través de la inducción y capacitación del administrado, incluye la capacidad de proponer multas y sanciones. Con la finalidad de asegurar el uso adecuado de las prerrogativas y facultades de la administración –evitando de este modo un desvío de poder en perjuicio de los particulares o administrados– el ordenamiento sujeta los actos administrativos al cumplimiento de las garantías y seguridades que contiene el derecho a un debido procedimiento inclusive si es bilateral(5).

A título ejemplificativo, y adelantando lo que veremos más adelante, la Cuarta Sala Civil de Lima, en un proceso de amparo donde se cuestionaba un proceso inspectivo, destacó, sobre el debido proceso (en este caso, el deber de motivación) que "no fluye del Acta en comento las razones suficientes que justifiquen calificar la conducta de la amparista como infractora de las normas sociolaborales y que, según la autoridad administrativa fueron cometidas por aquella; per se, las sanciones propuestas también carecen de una adecuada sustentación" (Exp. Nº 1748-2008).

En resumen, resulta evidente la incompatibilidad con la Constitución de una decisión o actuación de la inspección de trabajo que no cuente con los hechos suficientes, normas y razonamientos lógicos, apropiados y congruentes de acuerdo al caso materia de evaluación; es decir, que se emita sin la elaboración de un análisis exhaustivo de las normas jurídicas aplicables y sin la explicación razonada de cómo ciertos hechos se enmarcan dentro del supuesto previsto por una norma infringida.

(5) El procedimiento inspectivo de trabajo es bilateral: solo son partes del procedimiento el Estado y el empleador; por lo que, el único que puede impugnar las resoluciones administrativas o concurrir a la vía judicial es el empleador. Los trabajadores o sindicatos pueden participar en la inspección como terceros pero no tienen la condición de partes.

4. Presunción de inocencia y debido proceso.

El artículo 1 de la LGIT, prescribe que los inspectores de trabajo son servidores públicos cuyos actos merecen fe. ¿Cuál es el alcance de esta presunción de veracidad de las actuaciones de inspección y, al mismo tiempo, el deber de respetar el debido proceso administrativo?

Adelantamos lo que abordaremos en este punto con extractos de una sentencia española y luego una resolución peruana:

> "Si un inspector tiene versiones contradictorias del trabajador y empleador, no debe optar por valorar las declaraciones simplemente ni concluir que una de las versiones es válida. Las conclusiones de la Inspección de Trabajo implican valoración de los denominados "hechos comprobados" que se contienen en el acta, y que también contienen juicios de valor. La Inspección de Trabajo en sus conclusiones viene a hacer suyas las manifestaciones del trabajador despedido (...) Sin embargo no se dice en el acta por qué tales manifestaciones prevalecen sobre las de don Jesús Carlos, Gerente de la empresa" (TSJ de la Rioja - Sentencia Nº 2827/2010 del 21 mayo de 2010).

> "(...) se advierte que la inspectora de trabajo comisionada no ha precisado mayores hechos constatados que le permitan a este Despacho meritar conforme a ley, basándose solo en la denuncia y la manifestación verbal, asimismo no precisa fechas de ingreso o periodo a infraccionar, vulnerando el Debido Proceso de conformidad con el artículo 44 de la Ley Nº 28806, así como afectar el derecho de defensa del inspeccionado" (Resolución Sub Directoral Nº 05-2010-MTPE/2/12.330).

El Estado tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sociolaborales, pero también le corresponde observar el debido proceso administrativo que se sustenta no solo en preceptos orientados a proteger al trabajador sino también a la empresa fiscalizada: el derecho del empleador de exigir su presunción de inocencia, la debida motivación de los pronunciamientos de la administración, el respeto al procedimiento al órgano competente, acceso a la información, entre otros.

El proceso de inspección se lleva a cabo respetando la presunción de inocencia del empleador. El artículo 2 inciso 24 acápite e) de la Constitución prescribe que "toda persona debe ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este precepto constitucional, si se traslada a la

actuación inspectiva, implica que por más antecedentes negativos que tengan un empleador se le considerará inocente hasta que no se acredite la comisión de una infracción sociolaboral de su parte.

Sobre este tema, Cáceres explica que el principio de presunción de inocencia, exige el cumplimiento de las garantías del debido proceso, en donde el juico de culpabilidad haya sido legalmente declarado, como producto de una convicción en el órgano jurisdiccional sustentado no en cualquier prueba, sino en pruebas de cargo que acrediten responsabilidad, y en donde se aprecie y valore las pruebas efectivamente practicadas. De esta manera el principio de inocencia, asegura el respeto a la dignidad del imputado, mediante un estado jurídico de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente para condenarlo(6). En la misma línea, García, indica que las actas inspectivas deben tener un límite y este es el derecho fundamental de las personas, concretamente, la presunción de inocencia del empleador(7).

Sobre el particular, podemos apreciar la siguiente sentencia española:

> "La presunción de veracidad de la actuación administrativa no hace imposible la formación de una convicción contraria por parte del Órgano Judicial actuante si la valoración conjunta de todo lo actuado puede llevar a una conclusión distinta en base a las reglas de la lógica y de la razonabilidad. No hay una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que el ciudadano sancionado deba de probar su inocencia que constitucionalmente se presume, sino que es necesario actuar contra el acto de prueba aportado por la Administración, siempre y cuando este reúna los requisitos que permitan otorgarle la presunción de veracidad" (TSJ de Asturias - Sentencia núm. 823/2008 del 10 julio de 2008).

Sin duda alguna, el acta de infracción constituye el principal medio probatorio que sustenta el procedimiento administrativo sancionador, más aún cuando la legislación ha dotado a dicho documento público de una presunción respecto de los hechos señalados por el inspector, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos puedan aportar los interesados. A ello deberá agregarse que, el carácter probatorio del acta de infracción sociolaboral levantada por el

(6) CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo. "El principio de presunción de inocencia. Aspectos constitucionales y procesales". En: *Cuadernos Jurisprudenciales.* Nº 65, Lima, noviembre, 2006, pp. 3-6.

(7) GARCÍA GRANADA, Fernando. "La primacía de la realidad en la inspección del Trabajo". En AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano.* SPDTSS, Lima, 2004, p. 56.

inspector trascenderá al proceso judicial, sirviendo también a ese nivel como medio probatorio en tanto cumpla con los requisitos y/o condiciones correspondientes[8].

Ahora, ¿el acta de infracción califica como acto administrativo? La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre su naturaleza. Algunos sostienen que el acta de infracción es un acto administrativo en tanto hay un descargo y produce efectos en el administrado[9]; por el contrario, otros consideran que no lo es en cuanto no representa un acto dentro de un procedimiento.

En un caso el TC desarrolló el contenido legal y constitucional esencial de un acta inspectiva para que sustente válidamente un procedimiento sancionador[10]. Así, dicho colegiado establece que las actas de infracción de la inspección no se tratan meramente de documentos que contenga una narración o descripción de los hechos contados in situ por parte de los inspectores laborales, sino a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se configure la infracción y se propone la sanción. A su vez agrega que, las resoluciones de las distintas instancias administrativas se sujetan a la debida motivación, así como a la ponderación de todas las pruebas aportadas.

En particular, respecto a las actas de infracción, el TC, en la sentencia recaída sobre el Exp. Nº 1748-2008, afirma la necesidad de que estas se encuentren motivadas, determinando que:

> "Las actas de infracción no contienen meramente una narración o descripción de los hechos constatados in situ por parte de los inspectores laborales, sino que, a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma jurídica sociolaboral que se han considerado afectadas es que califican la supuesta conducta indebida u omisiva

(8) Debe considerarse que el acta de infracción no será el único medio probatorio que podrá devenir del procedimiento inspectivo. De acuerdo al artículo 16 de la LGIT, el mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la inspección del trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalice las medidas inspectiva que se adopten sin perjuicio de que no representen una acta de infracción que dé origen a un procedimiento sancionador.

(9) En uno de los votos en discordia de la sentencia del TC recaída en la Exp. Nº 03647-2010-PA/TC, un magistrado calificó el acta de infracción como un acto administrativo para sostener que su validez subsiste hasta que no se declare su nulidad conforme lo establecido en el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tal referencia corresponde al voto singular de los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz: "(…), es oportuno señalar que el artículo 9 de la Ley Nº 27444 establece que: 'Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda'. Por tanto, dado que no se ha declarado la nulidad del Acta de infracción referida a los hechos en ella constatados, estos deben presumirse como ciertos. Es por ello que, tratándose solo de cuestiones formales que vienen siendo cuestionadas la referida Acta de infracción, el resultado final del proceso contencioso-administrativo no tiene por qué afectar la decisión del presente caso".

(10) STC Exp. Nº 02698-2012-AA/TC, f. j. 16.

> por parte del inspeccionado y de esa manera es que proponen la sanción que corresponda; todo lo cual importa un trabajo mental de razonamiento jurídico[11]".

De esa manera, el debido procedimiento administrativo está orientado a respetar las diversas garantías que inspiran una tutela efectiva dentro de términos de razonabilidad y proporcionalidad que eliminen actuaciones arbitrarias de la administración inspectiva de trabajo.

Más concretamente, las actuaciones de la administración (vale decir, el procedimiento de inspección y la actuación del propio inspector) se rigen por el principio constitucional de legalidad (recogido en el artículo 2.1 de la LGIT) y de otro lado, se ha referido al derecho de los administrados de obtener una decisión debidamente fundada en hechos y en derecho (art. 44 de la LGIT). En tal sentido, toda actuación del inspector deberá sujetarse a la Legalidad, reduciéndose sus facultades discrecionales únicamente a los aspectos en los que la LGIT lo permite expresamente.

La presunción de inocencia, como se ha dicho, se identifica como una verdad interina de inculpabilidad, que se mantiene hasta el momento en que logre acreditarse mediante los medios probatorios pertinentes la vinculación del imputado en una causa criminal a los hechos declarados probados[12].

Ahora bien, esta exigencia de señalar los hechos o pruebas en general que configuran las infracciones es más intensa todavía cuando se trata de la aplicación del principio de la primacía de la realidad para determinar la existencia de una relación laboral (art. 2.2 de la LGIT). Es claro que para aplicar cualquiera de las presunciones legales relativas contenidas en la ley, es necesario que en forma previa se acrediten los hechos así como se valoren las pruebas presentadas por el fiscalizado sobre los cuales se aplicará la presunción. Si ello no se cumpliera, la autoridad inspectiva no podría nunca aplicar la presunción de veracidad de sus actuaciones:

> "Las resoluciones administrativas objeto de impugnación se encuentran viciadas por afectación al debido procedimiento administrativo en sus manifestaciones del derecho a la valoración de las pruebas,

(11) En la sentencia recaída en el Exp. Nº 4289-2004-AA/TC, el TC destacó en la misma línea que la Corte Suprema: "La motivación de una decisión de la Administración no solo implica expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en la exposición suficiente de las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada".

(12) SEMPERE NAVARRO, Antonio. "Principios del Derecho Sancionador". En: VV.AA. *Derecho Sancionador Público del Trabajo*. Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 123.

como expresión del derecho de defensa de la inspeccionada, y de la debida motivación, y por lo tanto nulas y sin efecto legal" (Sala Civil de Piura, Exp. Nº 01794-2010-0-2001-JR-LA-01).

Así, la carga probatoria sobre la existencia de infracciones sociolaborales recae en la administración tras el reconocimiento del principio de presunción de inocencia(13). En esta línea, la presunción de certeza de las actuaciones inspectivas no importa una reversión de la carga probatoria(14), deben tener un límite, y este es el derecho fundamental de las personas, concretamente, la presunción de inocencia del empleador.

II. CRITERIOS Y RESOLUCIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO INSPECTIVO LABORAL

1. Lineamientos inspectivos

En su momento, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo mediante el Lineamiento Nº 13-2008, "Lineamiento que establece los criterios técnicos en la declaración de nulidad de las actas de infracción (nulidades de oficio)", se refirió a la observancia del debido proceso en las fiscalizaciones laborales. En estos lineamientos se considera que la contravención al debido proceso y, más precisamente, la falta de motivación es una causal de nulidad del acta de infracción. Así, de acuerdo a este documento, el acta de infracción será nula:

- Cuando se extiendan como consecuencia de un procedimiento inspectivo que contravenga las disposiciones legales que lo regulan.
- Falta de identificación del sujeto responsable.
- No hay constatación de hechos, salvo cuando se imputa impedimento de ingreso al centro de trabajo.
- Falta de calificación de las infracciones o hay omisión de los preceptos y normas que se estiman vulneradas.
- Falta de propuesta de sanción y/o cuantificación, así como su

(13) GARCÍA RUBIO, Amparo. "La presunción …". Ob. cit., pp. 37-38.

(14) SEMPERE NAVARRO, Antonio. Ob. cit., p. 361.

graduación con expresión de los criterios utilizados para dichos efectos.

- No hay expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad que se imputa a los sujetos responsables.

- Falta la identificación del inspector o de los inspectores del trabajo que extiendan el acta de infracción o la falta de suscripción de la misma.

Lo señalado ha sido tomado en cuenta tanto por las Sub Direcciones de Inspección de Trabajo, como por la Dirección de Inspección de Trabajo y la Dirección General de Trabajo. En efecto, tal como puede apreciarse, a manera de ejemplo, en la Resolución Sub Directoral Nº 33-2014-MTPE/1/20.41, emitida por la Primera Sub Dirección de Trabajo, se declara nula el acta de infracción dado que el inspector comisionado, al momento de evaluar la existencia de una relación laboral de una persona que había suscrito un contrato de locación de servicios, "no ha precisado de manera objetiva que hechos o elementos de juicio han tomado en cuenta para llegar a tal conclusión; es decir, no basta en señalar de manera genérica los elementos de la relación laboral, sino que estos deben basarse con los hechos concretos aplicables para el caso determinado y en las circunstancias específicas".

En otro caso, la Sub Dirección de Inspección de Lima señaló que "es también de advertir que el pronunciamiento del inferior en grado, dado que el acta de infracción no ha sido llevado conforme a los principios rectores, carece de fundamentos basados en hechos y en derecho, solo se advierte una descripción de los hechos constatados en el acta de infracción antes anotada (...); asimismo, no se advierte de manera fáctico-jurídica, un razonamiento de los hechos argumentados mediante los descargos, los formulismos o expresiones genéricas consignadas en la apelada (...) corresponde revocarla en todos sus extremos, máxime si el acta de infracción al entrelazarse con el procedimiento sancionador, ha devenido en una clara afectación al debido proceso" (Exp. Nº 191-2012).

2. Criterios judiciales y administrativos

Como cualquier proceso administrativo, dentro del procedimiento inspectivo sancionador se pueden apreciar resoluciones así como sentencias en procesos de amparo u ordinarios donde se anulan fiscalizaciones porque no se valora el debido proceso. Seguidamente, describiremos resoluciones administrativas y judiciales que hacen referencia, justamente, al debido proceso en sus diversas manifestaciones (motivación, observancia de plazos, razonabilidad, derecho de defensa, valoración de pruebas, etc.).

2.1. Procesos de tercerización

La autoridad administrativa de trabajo ha establecido directivas orientadas a la identificación de procesos de descentralización productiva así como fijar elementos indiciarios que permitan apreciar si hay procesos independientes, recursos propios de la tercerizadora así como si los trabajadores que participan en ella se sujetan a la dirección de la empresa principal, debiendo así constituir esta última la única empleadora(15).

En una fiscalización donde se analizaba la validez de la tercerización, los procedimientos inspectivo y sancionatorio concluyeron que los trabajadores debían pasar a la empresa principal en tanto había una desnaturalización. Dentro del proceso contencioso-administrativo se apreció que no se había analizado las pruebas aportadas dentro de la etapa sancionatoria y, de este modo, se afectó el derecho de defensa de la empresa fiscalizada:

> "No se han valorado los medios probatorios aportados (…), que si bien en el considerando quinto se hace referencia al escrito de descargos (...) señalando que 'ofrece como prueba las precisadas en dicho escrito', no hace análisis valorativo de dichos medios probatorios, concluyendo (...) Las resoluciones administrativas objeto de impugnación se encuentran viciadas por afectación al debido procedimiento administrativo en sus manifestaciones del derecho a la valoración de las pruebas, como expresión del derecho de defensa de la inspeccionada, y de la debida motivación" (Sentencia de la Sala Civil de Piura recaída en el Exp. Nº 01794-2010-0-2001-JR-LA-01).

Como se aprecia, la inspección de trabajo no tomó en cuenta las pruebas aportadas, como destaca Matallana:

> "(...) hay que tener en cuenta que la certeza atribuida a los hechos plasmados en el acta solo puede mantenerse como verdad incuestionable en tanto el inculpado no realice ninguna actividad probatoria de defensa. Por lo tanto, cuando el particular aporta prueba en contrario, la autoridad competente deberá entrar a valorar todo el

(15) Pueden verse las Directivas Nºs 002-2007-MTPE-2-11.4, Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización en las Unidades de Producción de las Empresas, y 003-2007-MTPE-2-11.4., Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional.

> material probatorio y apreciarlo de manera libre y conjunta, pudiendo incluso desvirtuar las afirmaciones de los inspectores"[16].

En otro caso, el empleador cuestionó lo resuelto por la inspección laboral donde se resolvía la desnaturalización de la tercerización y presentó una acción de amparo. Al final del proceso, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 2698-AA/TC, se anuló el acta de infracción y las dos resoluciones del proceso inspectivo. En este caso, el TC consideró que se afectó el derecho al debido proceso en tanto que no hubo una evaluación de las pruebas ofrecidas por la empresa a nivel de inspección como dentro del procedimiento sancionador:

> "Sobre el acta de infracción (...) no se trata meramente de un documento que contenga una narración o descripción de los hechos constatados in situ por parte de los inspectores laborales, sino que a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se configure la infracción y se proponga la sanción (...) dichas actas no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento administrativo sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales (...). En tal sentido, la autoridad administrativa no ha cumplido con respetar mínimamente el contenido constitucionalmente protegido del debido procedimiento administrativo en relación a no haber evaluado las pruebas aportadas".

2.2. Primacía de la realidad

Uno de los principios más invocados en las inspecciones de trabajo es la primacía de la realidad ante la nada infrecuente práctica de las empresas que contratan personas que deberían estar en planillas por apreciarse, en la práctica, los elementos esenciales y características propias de un contrato de trabajo. Ante un proceso inspectivo y luego sancionatorio donde se concluyeron que comisionistas debían estar en planillas, el inspeccionado inició un proceso de amparo que concluyó en

(16) MATALLANA RUIZ, Roberto. "La presunción de inocencia en el proceso inspectivo. Alcances sobre su aplicación". En: *Soluciones Laborales*, Año 3, Nº 30, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2010, p. 61.

una sentencia estimatoria donde se anuló la fiscalización laboral (sentencia de la Cuarta Sala Civil de Lima recaída en el Exp. Nº 1748-2008):

> "(...) se advierte del acta de infracción (...), que este no obstante comprender un listado de 99 personas con quienes aparentemente no se han cumplido las leyes laborales; únicamente, se respalda en la entrevista de la 'mayoría de ellos' consignándose que un reducido número de los entrevistados manifestaron 'no tener control de ingreso y salida y que incluso pueden dejar de asistir sin amonestación alguna' (...), es evidente la falta de una adecuada motivación y justificación al asumir un pronunciamiento tan generalizado como han efectuado los inspectores que llevaron a cabo la labor inspectiva (...) En torno al acta de infracción (...), debe decirse que esta también adolece de una deficiente justificación jurídica, por cuanto las conclusiones arribadas por la inspectora laboral se sustenta en los hechos generales que consigna en la parte introductora de la mencionada acta, los cuales no han provenido de manera directa de voz de las 33 personas identificadas".

En otro caso, la Dirección de Inspección de Trabajo de Lima (DIL) destacó: "(...) no se advierte de manera fáctico-jurídica, un razonamiento de los hechos argumentados mediante los descargos, los formulismos o expresiones genéricas consignadas en la apelada (...), la venida en alzada al carecer de fundamentación, corresponde revocarla en todos sus extremos, máxime si el acta de infracción al entrelazarse con el procedimiento sancionador, ha devenido en una clara afectación al debido proceso" (Resolución Directoral Nº 032-2014-GRC-GRDS-DRTPE-DIT).

En otro proceso la DIL anuló un proceso de fiscalización porque las conclusiones se basaron únicamente en las declaraciones de los trabajadores (Resolución Nº 214-2009-DRTPE-DIT): "(...) la autoridad de primera instancia, en concordancia con lo propuesto en el acta de infracción y sin una debida motivación, estableció la existencia de vínculo laboral entre la inspeccionada y las personas consignadas en la resolución apelada, a pesar que el comisionado solo se basó en lo afirmado por estas últimas, durante el recorrido efectuado en el centro laboral".

En la misma línea de lo expuesto, tenemos lo señalado por la Corte Superior de Justicia de Juliaca:

> "(...) la inspección en el trabajo debe contar con pruebas y constataciones específicas que permitan formar una convicción adecuada al inspector sobre el cumplimiento o no de las obligaciones laborales

> (…). No basta con una fiscalización que apunte a meras declaraciones de los inspectores, es necesario que las conclusiones de una inspección laboral sean debidamente respaldadas"[17].

En definitiva, corresponde a los inspectores de trabajo acreditar sus afirmaciones con pruebas y razonamientos adecuados. Como señala Devis Echandía: "Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez [u órgano administrativo] sobre los hechos"[18] (agregado nuestro).

2.3. Libertad sindical

Mediante la Resolución Sub Directoral Nº 272-2010-MTPE, se declaró nulo un proceso de inspección porque la medida de requerimiento que se emitió era muy genérica:

> "(…) el inspector de trabajo comisionado expidió la medida inspectiva de requerimiento con fecha 20 de enero de 2010, sin la debida motivación concreta, esto es (el motivo y de qué manera el sujeto inspeccionado, deberá de abstenerse de realizar actos de hostilización que constituyan perjuicio de los 95 trabajadores sindicalizados en su actividad sindical, así como promover la desafiliación de la organización sindical), a efectos de que el sujeto inspeccionado garantice el cumplimiento de la medida adoptada; afectando de esta manera el derecho de defensa del sujeto inspeccionado, toda vez que no permite que el sujeto inspeccionado pueda aportar documentación alguna en defensa de sus derecho, contraviniendo de esta manera el derecho de defensa del sujeto inspeccionado, derecho de defensa que también se encuentra establecido en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (...)"[19].

Finalmente, queremos referirnos al esquirolaje, una conducta del empleador que puede vulnerar la libertad sindical mediante el reemplazo de trabajadores

(17) Resolución Nº 12-2010. Exp. Nº 412-2010.

(18) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5ª ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, p. 34.

(19) En la misma línea, tenemos: "Que la medida inspectiva de requerimiento es genérica, no se precisa cuáles son las materias a subsanar ni se enmarca los hechos que constituyen incumplimientos, por lo que no se puede establecer claramente cuáles son las normas socio laborales infraccionadas, por el contrario frente a toda la documentación adjunta y la falta de constatación de hechos en forma objetiva, se puede establecer que no se ha violado norma socio laboral alguna, por tanto corresponde a este despacho declarar la nulidad del acta de infracción" (Resolución Nº 201-2010-GR.CUS/DRTPE).

en huelga. Para sancionar tal conducta antisindical del empleador, el régimen de inspección laboral la ha calificado como una infracción muy grave en materia de relaciones colectivas de trabajo según el siguiente supuesto normativo:

> "La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo[20]".

De esa manera, el espíritu de dicha norma reglamentaria está orientada a prohibir que las empresas vulneren el derecho a la huelga con el reemplazo de trabajadores huelguistas mediante la contratación directa de trabajadores a través de services o contratistas. Así, la referida disposición no ha incorporado como parte del supuesto de infracción –expresamente al menos– el hecho de reorganizar las labores de los trabajadores que no acataron la huelga para cubrir los puestos de quienes sí lo hicieron.

No obstante, a fines del año 2011, la inspección del trabajo (mediante una directiva interna) estableció que el esquirolaje también se configuraba cuando se trataba de trabajadores no huelguistas que eran reorganizados para cubrir las actividades de los trabajadores que sí acatan una paralización, en cuanto dicha medida también representa una vulneración a la libertad sindical[21].

En la actualidad hay algunos procesos sancionadores por esquirolaje interno pese a que dicha sanción no encuentra un desarrollo expreso en el régimen sancionatorio y afecta el principio de tipicidad. Existen varios procesos judiciales donde se está analizando este tema. Seguramente en algunos meses tendremos resoluciones definitivas.

(20) Artículo 25, numeral 25.9, del Reglamento de la Ley General de Inspección Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2006-TR.

(21) Específicamente, la Dirección General de Inspección del Trabajo estableció lo siguiente (Considerando 6 del Oficio Circular Nº 059-2011-MTPE/2/16 del 7 de octubre de 2011): "(…), se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprenden también el caso en que el empleador efectué movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle la efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíprocos de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga".

SUGERENCIAS PARA UN MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN PERÚ

DANIEL ULLOA MILLARES[1]

La historia de la regulación de la fiscalización laboral en Perú inició un nuevo capítulo con la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) en enero de 2013 mediante Ley Nº 29981. Regulada hasta fines del siglo pasado por normas infralegales[2], a pesar de que el convenio OIT Nº 81 fue ratificado a inicios de 1960, se consideró como entidad encargada de esta labor a las dependencias correspondientes de las direcciones regionales de trabajo y promoción social del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Posteriormente, y en virtud de las normas de regionalización, muchos de los inspectores de trabajo dependieron de los gobiernos regionales, lo que creó alguna distorsión tanto en los criterios utilizados para resolver los conflictos laborales como en la situación laboral de los inspectores, dado que las escalas remunerativas eran diferentes (e inclusive la contratación, pues algunas regiones contaban con inspectores vinculados por locación de servicios o por contratación administrativa –CAS–).

La Sunafil ha generado, nuevamente, adoptar la opción de la centralización de la labor inspectiva y, además, una importante mejora en las remuneraciones del personal de inspección[3]. Sin embargo, a pesar de tener más de un año

(1) Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la citada universidad. Profesor en la Universidad ESAN.

(2) D.S. Nºs 3-71-TR, 3-83-TR, 4-95-TR, 4-96-TR (11/06/1996).

(3) Un inspector auxiliar recibe como ingreso básico mensual S/. 6,500.

de vigencia[4] la Sunafil todavía se sigue implementando, faltando varias etapas a completar (por ejemplo, la conformación del tribunal de fiscalización laboral) y, por lo tanto, nos encontramos a tiempo para que puedan generarse muchas mejoras respecto de la práctica actual, para lo cual presentamos en este trabajo algunas sugerencias para su discusión.

Principios o ideas que deben ser respetados y que consideramos son indiscutibles

1. Hay reglas (correctas o incorrectas, rígidas o flexibles pero reglas) que deben respetarse (en otras palabras, la normativa laboral). Sin embargo, estas no se cumplen en nuestro país (preponderancia de la informalidad) ya sea de manera inconsciente o, lo cual es peor, consciente.

2. Existe obligación del Estado de cumplir con el objetivo de velar por el respeto de las normas y reducir los incumplimientos (convenio 81 OIT y normas locales).

3. Se deben utilizar formas o alternativas para convencer o exigir lo anterior a los actores sociales: empleadores, organizaciones sindicales, trabajadores, utilizando el modelo latino (colaboración) o el modelo disuasorio (multas elevadas) de inspección.

Por lo tanto, es indiscutible que es necesaria una inspección del trabajo, la misma que no puede tercerizarse. Y que los inspectores realizan una importante función pública.

Entonces, la primera pregunta que surge de este esquema supone conocer si el objetivo buscado se ha venido logrando en nuestro país. Y la respuesta lamentablemente es negativa debido a:

- El número de inspectores, bajo en nuestro país, a pesar del gran impulso que supuso para esta función la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América en el año 2006.

  En efecto, hace dos años, en julio de 2012 el entonces ministro de trabajo y promoción del empleo, Sr. José Villena, afirmaba que Perú tenía un déficit de 1,600 inspectores laborales y que el 92 % de los

(4) Con nuevo superintendente, dado que el primero que ingresó en setiembre de 2013 ha sido reemplazado según R.S. Nº 15-2014-TR publicada el 29 de agosto de 2014.

gobiernos regionales no contaba con más de cinco inspectores[5], siendo que según la información antes indicada en esa oportunidad los gobiernos regionales de Amazonas, Cajamarca, Huánuco, Junín y Ucayali carecían de inspectores.

La ministra que lo sucedió, Sra. Nancy Laos, señaló un año después, en junio de 2013, que al entrar en funcionamiento la Sunafil en julio de ese año se duplicaría el número de inspectores, pues en ese momento solamente contaban con 420 profesionales que cubrían el 20 % de la demanda[6], señalando la nota periodística que en Japón, si bien con mayor población que Perú[7], se contaba con 3,000 inspectores aproximadamente.

Finalmente, hace pocas semanas, el 13 de agosto de 2014 el saliente superintendente de la Sunafil presentaba el primer programa de fiscalización laboral que buscaba incorporar 91 inspectores auxiliares a dicha entidad[8], evento que se realizaría en Lima y que duraría seis semanas con 360 horas lectivas, entre setiembre y noviembre de 2014.

- Las condiciones de trabajo de los inspectores (en Lima no tienen un local propio y siguen ocupando la sede del Ministerio de Trabajo; de otro la página web de la Sunafil todavía no muestra todo su contenido completo),

- Las materias a resolver, las mismas que no respetan la predictibilidad de las decisiones, existiendo numerosas interpretaciones o directivas no publicadas que rigen la actuación de los inspectores. Por ejemplo, los incumplimientos que son "insubsanables", corregido recién a fines del año pasado con la modificación realizada por el D.S. Nº 12-2013-TR[9].

(5) Información publicada por la agencia andina de noticias que puede verse en <http://www.andina.com.pe/espanol/noticia-hay-un-deficit-1600-inspectores-laborales-todo-pais-419878.aspx#.VADvB8V5O1s>.

(6) Noticia publicada en el diario *La República* el 27 de junio de 2013 que se puede ver en <http://www.larepublica.pe/27-06-2013/ministra-laos-se-duplicara-el-numero-de-inspectores-laborales-desde-julio>.

(7) A fines de 2013 Japón contaba con una población de 127.341.000 aproximadamente. Perú terminó ese año con 30.375.603 habitantes, aproximadamente. Haciendo una regla de tres simple Perú debería contar con más de 700 inspectores.

(8) Ver: <http://www.sunafil.gob.pe/noticias/sunafil-incorpora-nuevos-inspectores-del-trabajo-para-fiscalizar-empresas-a-nivel-nacional/>.

(9) Norma publicada el 7 de diciembre de 2013.

Sin perjuicio de que la inspección del trabajo no ha realizado publicaciones sobre sus decisiones[10] (si bien ha habido textos de legislación especial sobre inspección) en la página web del Ministerio de Trabajo todavía podemos encontrar dos secciones que nos ofrecen algunos criterios para poder aprender de las decisiones que se han tomado en otros casos. Ya sea como Dirección General de Trabajo[11] o como Dirección de Inspección del Trabajo, a cargo en última instancia de resolver los diferentes procedimientos administrativos sancionadores[12], podemos acceder al pensamiento de la autoridad de trabajo en un determinado momento, aspecto que la Sunafil todavía no implementa en su página web, que actualmente tiene en construcción[13].

Tal como lo desarrolla el profesor Weil[14], existen cuatro principios fundamentales para obtener un uso eficaz de los recursos con los que cuenta la inspección:

- Una adecuada fijación de prioridades, esto es, tener claro qué es lo que se busca lograr con la inspección del trabajo.

  Esto supone dos puntos no entendidos claramente por los administrados: la frecuencia de las visitas, la materia de revisión y el comportamiento del inspector.

  Lo primero debería estar debidamente registrado y controlado por la Sunafil, pues es común escuchar las quejas de los empleadores cuando reciben más de diez visitas de inspectores al semestre o al año. Y en esto debe diferenciarse la visita motivada por denuncia de aquella visita realizada como parte del plan de inspección de la autoridad. Una empresa que constantemente incumple las normas no debería tener quejas sobre las visitas de los inspectores ni que sus trabajadores lo denuncien.

(10) Al estilo del comité de libertad sindical de la OIT, que consolidad sus decisiones en un texto que puede encontrarse en <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf>.

(11) En: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=734&tip=9>.

(12) En: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=215&tip=9>.

(13) Las secciones de estadística, estudios sectoriales e investigaciones laborales permanecen vacías (última vista realizada el 29 de agosto de 2014).

(14) WEIL, David. "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 127 , Nº 4, 2008.

Lo segundo debería ser comentado por los inspectores para un mejor desarrollo de la inspección: si el empleador conoce el objeto de la investigación (no si fue denunciado, dado que debe evitarse la represalia) le será más fácil, en teoría, poder presentar los elementos que acrediten el cumplimiento de la observación. O ayudar al inspector en el desarrollo de su labor. Esto no supone conocer todo lo realizado en la etapa de actuaciones inspectivas (que finalmente debe consolidarse en el informe o el acta de infracción, según sea el caso) sino aquellos aspectos esenciales para que el inspeccionado pueda ejercer su defensa en esta etapa de investigación.

Lo tercero tiene que ver con la supuesta "poca" amabilidad del inspector, e inclusive con su conducta promotora de la sindicalización de los trabajadores. No olvidemos que la libertad sindical es un derecho fundamental, por lo tanto, no vemos criticable que un inspector asuma una posición favorecedora del ejercicio de estos derechos y así lo pregone. Lo que si debería evitarse es la utilización de prejuicios en la etapa inspectiva, en especial en procedimientos generados por denuncia, pues muchas veces el inspector no recibe todos los elementos necesarios para poder llegar a una posición sobre un tema (por ejemplo, otorgamiento de licencias sindicales).

Lo anterior resulta de aplicación en las comparecencias, donde la parte sindical acude (inclusive con abogados) como si fuera la audiencia única de un proceso, siendo que –a criterio del inspector– su participación debería ser colaborativa.

- Otro elemento es la disuasión y conocer si la inspección influye en la opción de un mejor comportamiento o asusta a los actores sociales. Y en este punto hemos pasado en la última década de un extremo al otro.

  En efecto, si un inspector descubre que un empleador ha incumplido una norma, las normas de inspección siempre han previsto que dicha conducta genera una multa, según estemos ante una infracción leve, grave o muy grave, cuyos montos máximos están fijados en la Ley General de Inspección del Trabajo y que el reglamento detalla según el número de trabajadores afectados.

  Desde el año 2006, que entró en vigencia la mencioanada ley, tuvimos como montos máximos de multas 20, 10 y 5 unidades impositivas

tributarias (UIT) para las infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente. Estos topes se incrementaron a 200, 100 y 50 UIT en enero de 2013, con la ley de creación de la Sunafil, Ley Nº 29981, lo cual fue duramente cuestionado por el sector empresarial. Pareciera que estábamos, entonces, ante una clara intención de incrementar la disuasión mediante un mayor impacto económico en el empleador que incumpliera la normativa. Visto desde el otro lado, se establecía un desincentivo para la formalidad.

En consecuencia con lo anterior, la modificación del reglamento realizada mediante D.S. Nº 12-2013-TR eliminó las bandas de multa existentes en el reglamento original (aprobado por D.S. Nº 19-2006-TR) para imponer un porcentaje fijo de la UIT para cada caso, incrementándose también los grupos de trabajadores afectados (se pasó de siete grupos a diez) y el monto de las multas.

No obstante, solo meses después de este cambio de política de control se publicó este año la Ley Nº 30222 que modificó varios artículos de la ley de seguridad y salud en el trabajo y en cuya única disposición complementaria y transitoria estableció un periodo de amnistía laboral.

En efecto, por un periodo de tres años[15] se adopta un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo por lo que si un inspector detecta una infracción, no se genera la multa si el empleador cumple con lo señalado por el funcionario en el acta de requerimiento. Y si no lo cumple, la propuesta de multa a imponer no debe ser mayor al 35% de la que hubiera correspondido con el esquema legal vigente, salvo que sean infracciones a los derechos laborales fundamentales, tal como lo precisa la Organización Internacional del Trabajo en su declaración de 1998 y el artículo 45 del TUO de la Ley del impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial, aprobado por D.S. Nº 13-2013-PRODUCE, infracciones a la labor inspectiva o que sea una conducta reincidente en un periodo máximo de seis meses.

Por lo tanto, es muy preocupante que estas modificaciones legales nos permitan deducir que no existe una estrategia clara de métodos

(15) No nos parece casual que dicho periodo suponga la existencia de un nuevo gobierno democrático.

de disuasión de la inspección del trabajo, pues en menos de dos años hemos pasado de un esquema de incremento de las multas (inspección amenaza) a uno de prevención y amnistía (el empleador puede incumplir las normas legales hasta que lo constate un inspector de trabajo, caso en el cual tendrá una oportunidad más para corregir su conducta y con ello evitar cualquier sanción). Y luego esperar seis meses para volver a considerar la normativa laboral como dispositiva.

Consideramos que este periodo de "prevención" no corresponde a nuestro incipiente modelo de formalidad laboral, el cual debería contar con esta posibilidad en determinados casos y bajo determinadas materias, no solamente las conceptuadas como derechos laborales fundamentales pues en la práctica existen dos grandes incumplimientos adicionales a dichos derechos como lo son la simulación de relaciones laborales bajo contratos civiles o mercantiles y la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad y de los contratos de intermediación o tercerización laboral. Y entendemos que es más grave que un trabajador no figure en planilla y no tenga acceso a la seguridad social que el reintegro de un determinado beneficio social.

Conociendo la realidad peruana, tan proclive a amnistías e indultos, entendemos como impertinente esta decisión del legislador pues con ello nuevamente presentamos una situación en la cual cumplir las normas y ser formal no genera ningún beneficio o incentivo. Al contrario, este esquema permisivo (mal llamado de prevención) incentiva al incumplimiento, al no respeto de las normas laborales.

Quede claro que mientras el trabajador está generalmente obligado a laborar para poder percibir una remuneración que recientemente el Tribunal Constitucional ha ratificado que debe ser equitativa y suficiente (o satisfactoria)[16], el empleador no está obligado a ejercer su derecho de libertad de empresa, por lo que cuando ello ocurra siempre deberá tener en cuenta que existen reglas y parámetros que deben respetarse.

(16) Sentencia emitida en el expediente Nº 20-2012-AI de fecha 16 de abril de 2014.

Por lo tanto, el buen empleador, el que cumple las normas no se ve afectado si las multas se incrementan o los inspectores utilizan un modelo disuasorio. Es el mal empleador quien se sorprende y critica cualquier facilidad a los inspectores. Sin embargo, pareciera que el legislador ha pensado en proteger a este último empleador antes que reconocer el esfuerzo del primero.

- Otro criterio que describe Weil es la perdurabilidad, esto es si se reiteran los incumplimientos o la reincidencia en el incumplimiento, si el empleador cumple por la amenaza de la inspección o en realidad hay cambios duraderos, se crea una cultura o una política de cumplimiento. Este aspecto todavía no ha madurado en nuestra realidad.

- Finalmente, el cuarto principio está vinculado a la promoción de efectos sistémicos, esto es las consecuencias de asumir una posición de control basado en la amenaza, con lo cual, corregida la conducta la inspección desaparece o una basada en un plan aplicable a un grupo de empleadores o una actividad determinada.

  Esto está vinculado a la forma de atención de la inspección, ya sea como guardián o policía del trabajo dado que actúa ante quejas y su conducta busca corregir un problema, lo cual supone un uso interesado (cobertura micro) o como ayudante o guía de la política laboral de un Estado, buscando objetivos a ser cumplidos en la sociedad (cobertura macro).

  En este sentido, si bien observamos que en los últimos diez años la inspección de trabajo ha generado una mayor atención de los actores sociales (los trabajadores y las organizaciones sindicales la utilizan muchas veces como una solución más eficaz para atender sus conflictos que el Poder Judicial[17] y los empleadores han aprendido a respetar –aunque no todavía al nivel de los auditores de la Sunat– la labor de inspección, esencialmente por el uso del principio de primacía de la realidad y la desaparición del argumento "esto es un tema judicializable") todavía existen algunos inconvenientes, a saber:

(17) Al respecto puede verse BOZA, Guillermo y MENDOZA, Luis. "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú". En: *Laborem*. Nº 10, 2010, pp. 329-354.

1. La falta de unicidad de criterios. En un estudio que tiene pocos años[18], se estableció que los documentos internos de la autoridad de trabajo no estaban actualizados, se encontraban desordenados, establecían incongruencias o contradicciones con la legislación vigente, había duplicidad en la regulación de algunas materias, repetían normas existentes, etc.

   En teoría, el funcionamiento del Tribunal de fiscalización laboral, al estilo del Tribunal fiscal, buscaría lograr la esperada unificación de las posiciones no definida actualmente en la inspección. Mientras tanto, debería ser la página web de la Sunafil la que difunda los principales lineamientos de sus funcionarios.

   Otra forma de lograr uniformidad es generar la participación efectiva de los inspectores de trabajo en la elaboración de charlas y documentos orientadores para el público, lo cual debe ser coherente con las posturas tomadas por la autoridad administrativa de trabajo en el procedimiento administrativo sancionador.

2. La libertad de interpretación del inspector cuando el principio de tipicidad previsto en el reglamento de la Ley de inspección no detalla claramente el derecho protegido, por ejemplo, los derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), la obligación de reposición de un trabajador despedido o los actos contra la dignidad del trabajador.

   Podría decirse que hay materias donde no hay mucho por interpretar, como el pago de un beneficio social, pero ello también ha merecido algunas opiniones de la autoridad de trabajo, como por ejemplo el pago íntegro mensual de la asignación familiar a pesar de que el trabajador no labore todos los días de dicho mes.

   Aquí también es necesaria una clara labor pedagógica de la inspección del trabajo.

(18) TORRES, Teresa. *Sistematización de directivas y lineamiento en materia de inspección del trabajo.* USAID facilitando comercio, 2011.

3. La demora en determinados procedimientos. Lamentablemente todavía existen casos en que resoluciones con fecha 2012 están siendo notificadas este año, sin explicación alguna de la autoridad.

4. La falta de consecuencias o reacciones ante incumplimientos del empleador e inclusive con la reiterancia. No se conocen estadísticas sobre los empleadores que vulneran la legislación y que, peor aún, que no paguen las multas impuestas. Es un blog sindical[19] el que nos puede indicar las empresas que no respetarían los derechos laborales fundamentales cuando en realidad debería ser el Estado, dada su objetividad, quien nos indique quiénes incumplen para con ello generar alguna reacción del sector empresarial (por ejemplo, separando a sus malos elementos para impedir la generalización de un estereotipo) y de la colectividad, a efectos de lograr la denuncia social y evitar el consumo de bienes o servicios realizados u ofrecidos vulnerando normas laborales. Es ilógico que en nuestra realidad haya empresas que gastan más en publicidad comercial que en cumplir con sus obligaciones laborales. El ser un "buen empleador" pareciera que todavía no es valorado por nuestra sociedad y la inspección del trabajo debería contribuir a modificar esta situación.

(19) En: <http://www.sindicalistas.net/2014/04/ranking-de-empresas-mas-antisindicales.html>.

INSPECCIÓN LABORAL EN MATERIA DE TRABAJO INFANTIL

GABRIEL ACURIO SALAZAR[1]

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo infantil es un fenómeno complejo y multidimensional del que es difícil separar sus componentes sociales, culturales y económicos, pues en cada país o región está estrechamente vinculado con el entorno social, cultural y económico. La prevención y erradicación del trabajo infantil es un objetivo crucial para todos los países del mundo en su propósito de asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, procurar trabajo decente para todos los ciudadanos y cumplir con el primer Objetivo de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, que consiste en revertir la pobreza y el hambre.

No obstante, pese al amplio consenso sobre la prevención y erradicación del trabajo infantil claramente expresado en los compromisos e instrumentos internacionales, en todo el mundo, y particularmente, en los países en vías de desarrollo, el trabajo infantil sigue siendo un problema de considerables dimensiones. La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) calcula que el número de niñas, niños y adolescentes que trabaja en el mundo asciende aproximadamente a 215 millones, y que un estimado de 115 millones realiza trabajos peligrosos[2]. Se

(1) Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil: Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Inspector (A) de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Exmagistrado de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Estudios concluidos de Doctorado "Sociedad, Democracia, Estado y Derecho": Universidad del País Vasco - España UPV/EHU.

(2) OIT (2010).

trata, ciertamente, de un tema consagrado en diversos instrumentos normativos, como el Convenio 138 (sobre edades mínimas de acceso al empleo) y el Convenio 182 (sobre las peores formas de trabajo infantil).

Esta problemática se halla desarrollada desde diferentes aristas, interpretaciones y ópticas, las cuales no podrán ser abordadas en su integridad en el presente trabajo, por lo que nos centraremos en un aspecto que considero medular y trascendente, como lo es la inspección laboral en materia de trabajo infantil, no pretendiendo escribir la última palabra, ya que seguramente este tema, es y será objeto de muchos debates en el foro académico, esperando con ello contribuir de alguna manera, en los conocimientos de la comunidad jurídica.

II. ANTECEDENTES

La incorporación de los niños, niñas y adolescentes al trabajo no es un hecho nuevo. El trabajo infantil ha estado presente en diversas épocas y constituyó un problema innegable en los orígenes de la Revolución Industrial. Ello generó que el Derecho reaccionara, estableciendo edades mínimas para trabajar y creando una regulación especial más beneficiosa que la normativa laboral común(3).

En todas las sociedades, la actividad económica de los niños para sus padres ha sido considerada un factor de socialización en el marco de la unidad de producción económica que constituye la familia en la sociedad preindustrial. Sin embargo, el trabajo de los niños abandonó rápidamente su carácter formador para transformarse en una forma de explotación perjudicial para su desarrollo. Surgió, pues claramente la necesidad de elaborar una legislación protectora de los menores, en la medida en que la situación del niño implicaba a un tercero(4). El trabajo fuera de la estructura familiar, casi siempre míseramente remunerado o esclavo, ha sido siempre una forma de explotación, sin ninguna contrapartida formativa ni de ningún otro tipo. Este tipo de trabajo, afectando a una menor o mayor proporción de menores en cada sociedad, reglamentado o no, bajo mejores o peores condiciones, normalmente rigurosas y en ocasiones despiadadas, ha existido siempre.

(3) CÁMARA BOTÍA, Alberto. "Los menores en la legislación laboral española". En: *Anales de Historia Contemporánea*. Nº 19, Universidad de Murcia, 2003, p. 125.

(4) HERNÁNDEZ-PULIDO, Ricardo y CARÓN, Tania. "Protección de los niños y adolescentes". En: *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Subdirección General de Publicaciones (ed.). Organización Internacional del Trabajo y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2003, p. 117.

Desde las culturas mesopotámicas y el Antiguo Egipto, pasando por la gran industrialización europea del siglo XIX, hasta su persistencia actual[5].

Para la OIT[6], la situación de los niños, niñas y adolescentes trabajadores constituyó un motivo de preocupación desde sus inicios[7]. En la primera sesión de la Conferencia Internacional de Trabajo en 1919, los delegados gubernamentales y los representantes de trabajadores y empleadores adoptaron el Convenio sobre la edad mínima (industria) de 1919 (núm. 5), con la finalidad de proteger a la niñez de la explotación económica y establecer una edad mínima para su admisión a los trabajos industriales. Este convenio fue el punto de partida de la actividad normativa de la OIT en la erradicación del trabajo infantil[8].

En 1992, la OIT creó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) como instancia de cooperación técnica para impulsar la eliminación del trabajo infantil a nivel mundial. En el año 1996, con apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) se inició un proyecto regional para América Latina y el Caribe que involucró a 18 países de la región.

En una primera etapa de intervención, que abarcó de 1996 al 2000, se pudo avanzar en la identificación del trabajo infantil como un problema por resolver e iniciar la articulación de una respuesta institucional por parte de los estados. En una segunda etapa, del 2001 al 2006, y con base en los avances de esta primera etapa, el proyecto tuvo como objetivo consolidar estos compromisos e impulsar la ratificación de los Convenios Nºs 138 y 182 de la OIT, referidos a la determinación de una edad mínima y la erradicación inmediata de las peores formas del trabajo infantil, respectivamente. Es en esta etapa también que en la mayoría de los países se conforman comisiones nacionales y se diseñan planes nacionales para la prevención y erradicación del trabajo infantil.

---

(5) En: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-trabajo.html> (consultada en agosto de 2014).

(6) La Organización Internacional de Trabajo (OIT) fue creada en 1919 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. En la actualidad, la OIT favorece la creación de trabajo decente y las condiciones laborales y económicas que permitan a trabajadores y a empleadores su participación en la paz duradera, la prosperidad y el progreso. Su estructura tripartita ofrece una plataforma desde la cual promover el trabajo decente para todos los hombres y todas las mujeres. Sus principales objetivos son: a) fomentar los derechos laborales; b) ampliar las oportunidades de acceder a un empleo decente; c) mejorar la protección social; y d) fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo. En materia de trabajo infantil, la OIT constituye la entidad supranacional especializada en el tema. Ha emitido diversos instrumentos internacionales que establecen el estándar mínimo de protección (entre otros, los convenios 138 y 182) y supervisa el cumplimiento de los mismos en cada país miembro. Véase: <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm> (consultado el 27 de marzo de 2014).

(7) NEVES MUJICA, Javier. "El trabajo infantil en las acciones de interés público". En: *Ius et Veritas*. Año 12, Nº 23, Lima, p. 224.

(8) HERNÁNDEZ-PULIDO, Ricardo y CARON, Tania. Ob. cit., p. 118.

En el Perú, la ratificación de los Convenios Nºs 138 y 182 se realizó en el año 2002 y el mismo año se renovó el memorando de entendimiento con la OIT, donde el Estado peruano se comprometía a conformar un Comité Directivo Nacional para la Prevención y Eliminación del Trabajo Infantil (PETI), la elaboración de un plan y en general implementar los convenios suscritos.

III. DEFINICIÓN DE TRABAJO INFANTIL

Se entiende por trabajo infantil aquellas actividades económicas y/o estrategias de supervivencia, con o sin finalidad de lucro, remuneradas o no, realizadas por niñas y niños independientemente de su condición ocupacional.(9) Por otra parte, se considera trabajo infantil, aquel que por su naturaleza o intensidad es perjudicial para la escolarización de los niños o perjudica su salud y desarrollo. Lo que preocupa son las consecuencias para los niños a los que se les niega su infancia y un futuro, que trabajan a una edad demasiado temprana, que trabajan muchas horas a cambio de un salario exiguo, que lo hacen en condiciones nocivas para su salud y para su desarrollo físico y mental, que están separados de su familia o que no tienen acceso a la educación. Ese trabajo infantil puede causar daños irreversibles al niño y es contrario no solo a la legislación internacional sino también, normalmente, a la nacional(10).

Como aquel que "(...) está prohibido para los niños de determinadas franjas de edad, concretamente el trabajo realizado por niños menores de la edad mínima exigida para el tipo de trabajo considerado, o el trabajo que, por su carácter o sus condiciones perjudiciales, se considera inaceptable para los niños y, por lo tanto, está prohibido"(11). En ese sentido, esta definición indica que se entiende como trabajo infantil a las actividades que son nocivas para las personas menores de edad –y que, por ende, deben erradicarse–, y se clasifican en: a) las realizadas por debajo de las edades mínimas establecidas a nivel internacional y nacional y

(9) OIT. *Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile*. Documento de Trabajo Nº 169. Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003, p. 16.

(10) OIT. *Combatiendo las peores formas de trabajo infantil: Manual para Inspectores*. Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 2003, p. 3.

(11) OIT. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*. Informe VI. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Reunión, 2012, Párrafo 59.

b) las realizadas en situaciones de peligro para la salud, la moralidad y la integridad de las personas menores de edad[12].

IV. INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y SU VINCULACIÓN CON EL TRABAJO INFANTIL

Existen dos convenios que vinculan directamente a la inspección laboral con la temática de trabajo infantil.

a) El artículo 3.1 del Convenio 81 OIT (Convenio relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio) establece como una de las funciones del sistema de inspección laboral: (a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, **empleo de menores** y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones (el resaltado es nuestro).

b) El artículo 6.1 del Convenio 129 OIT (Convenio sobre la inspección de trabajo en agricultura) señala sobre el particular: El sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: (a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar; **empleo de mujeres y menores**, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones (el resaltado es nuestro).

Este vínculo se evidencia también en el párrafo 14 de la Recomendación Nº 146 de la OIT, que establece la necesidad de fortalecer el sistema de inspección laboral para erradicar el trabajo infantil. Tal fortalecimiento puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante la formación de los inspectores para descubrir

(12) Informe Defensorial Nº 166. "Trabajo Infantil y Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Perú". Serie de Informes Defensoriales, Lima 2014, p. 12.

los abusos que puedan producirse en el empleo o trabajo de niños, niñas y adolescentes(13).

En síntesis, a partir de diversos instrumentos internacionales se reconoce un vínculo entre la inspección laboral y la erradicación del trabajo infantil. Así, la inspección permite detectar cuándo se vulneran los derechos de las personas menores de edad para, a partir de allí, adoptar las medidas correctivas correspondientes. Ello justifica la necesidad de fortalecer el sistema de inspección laboral(14).

V. INSPECCIÓN DEL TRABAJO. FUNCIONES Y OBJETIVOS PARA CON EL TRABAJO INFANTIL

El Sistema de Inspección del Trabajo, es un sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. La Inspección del Trabajo se define como aquel servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que correspondan, así como de orientar y asesorar técnicamente en dichas materias. Estas competencias se sustentan en lo dispuesto por el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo(15).

Corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomiende el Ordenamiento Jurídico Sociolaboral, cuyo ejercicio no podrá limitar el efectivo cumplimiento de la función de inspección, ni perjudicar la autoridad e imparcialidad de los inspectores del trabajo.

(13) CARON, Tania. "Protección de los niños y los adolescentes". En: AA.VV. *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*. OIT-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 190. En: *Informe Defensorial*. Nº 166, Ob. cit. p. 91.

(14) *Informe Defensorial*. Nº 166, Ob. cit. p. 92.

(15) Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.- Artículo 1.

1. Las funciones de la inspección del trabajo materia de trabajo infantil son las siguientes:[16]

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales: "(…)

   e) Trabajo Infantil.

      e.1) Normas sobre trabajo de los niños, niñas y adolescentes.

2. De orientación y asistencia técnica. (…)"

2. El sistema de inspección laboral en materia de trabajo infantil debe cumplir los siguientes objetivos:[17]

a) Proteger plenamente la salud y la seguridad en el lugar de trabajo de los niños, niñas y adolescentes que han cumplido la edad mínima autorizada de admisión al empleo. La protección puede lograrse introduciendo mejoras generales en materia de seguridad y salud en el lugar de trabajo y evitando que las personas menores de edad realicen tareas peligrosas.

b) Retirar a los niños, niñas y adolescentes de los lugares donde realizan trabajos peligrosos o que no cumplen con la edad mínima de admisión al empleo, y se los remita a las autoridades competentes, que se ocuparán de escolarizarlos e impartirles una formación profesional.

Estos objetivos se concretan a través de las supervisiones que realizan los inspectores. Es por ello que la función de un inspector presenta características particulares en materia de trabajo infantil: a) capacidad de acceder a los lugares de trabajo libremente y sin trabas en cualquier momento del día o de la noche; b) propiciar mejoras en las condiciones de trabajo y exigir, bajo apercibimiento, el cumplimiento de la normativa legal y convencional a los empleadores; c) informar de la situación y tomar medidas prácticas contra los transgresores; d) hacer partícipes a otras autoridades, en particular las de educación y protección de la niñez; y

(16) Ibídem, artículo 3.

(17) Información disponible en: <http://www.ilo.org/ipec/Action/Labourinspection/lang--es/index.htm> (consultado en agosto de 2014).

e) imponer sanciones pertinentes sobre la base de la autoridad que les confiere el organismo en el que prestan servicios y el ordenamiento jurídico[18].

3. En el Perú, el sistema de inspección laboral tiene competencia en los casos de peores formas de trabajo infantil por lo siguiente:

a) El artículo 25.7 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo (aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2006-TR) contempla como infracción muy grave, el incumplimiento de las disposiciones17 relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad, en especial, los supuestos de "(...) trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral".

b) La Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 015-2012-TR, establece como objetivo específico Nº 5 el "incrementar y fortalecer servicios de detección, protección y sanción frente al trabajo infantil peligroso y a la explotación infantil y adolescente".

c) El Protocolo de Actuación Sectorial en Trabajo Infantil –aprobado por Resolución Ministerial Nº 0265-2012-TR– establece como finalidad "coadyuvar desde el MTPE, a la consolidación de una política nacional articulada que prevenga y erradique el **trabajo infantil prohibido** y garantice el bienestar y los derechos de los adolescentes en trabajos autorizados, de conformidad con los principios constitucionales y compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano" (el resaltado es nuestro).

Ello no quiere decir que las autoridades encargadas de perseguir y sancionar los delitos dejen de asumir competencia en los casos de peores formas de trabajo infantil. Al contrario: las peores formas de trabajo infantil, en la medida que implican graves afectaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben encontrarse expresamente sancionadas dentro del Código Penal, en aplicación de los principios de lesividad y última ratio del Derecho Penal. Por ello, la intervención de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial es imprescindible.

(18) OIT. Guía para la implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en los países del Mercosur y Chile. Documento de Trabajo Nº 169. Oficina Regional para América Latina y el Caribe-IPEC Sudamérica, 2003, pp. 41-42.

VI. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

1. **Declaración Internacional de los Derechos del Niño** (1959). Proclamada por las Naciones Unidas, reconoce 10 derechos fundamentales para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes entre los que se cuenta puntualmente el derecho "a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.

2. **Convención de los Derechos del Niño** (ratificada por el Perú en 1990). Se le considera como el primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que incorpora la gama de derechos humanos y que compromete a los Estados que lo ratifican a llevar adelante todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

3. **Convenio 138 OIT**. Fija la obligatoriedad de establecer una edad mínima de admisión al empleo.

4. **Convenio 182 OIT**. Establece la obligación del Estado de erradicar en forma urgente las llamadas "peores formas de trabajo infantil", entre las que se incluyen el trabajo peligroso, la explotación sexual, la pornografía infantil, la venta y tráfico de niños y la esclavitud.

VII. MARCO NORMATIVO NACIONAL

1. **Constitución Política del Perú.** El marco legal de protección al trabajo infantil en el Perú está dado desde su nivel Constitucional[19] el artículo 1 señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, el artículo 2, inciso 1 referido al derecho fundamental vida, integridad moral, psíquica y física así como y libre desarrollo y bienestar, asimismo el artículo 23 de la Constitución señala que el trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

(19) Constitución Política del Perú, artículos 1, 2, 23.

2. **Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo**. Esta norma, en materia de trabajo infantil, precisa lo siguiente: a) Se afirma como uno de los fines de la inspección, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de normas sobre trabajo de los niños, niñas y adolescentes (art. 3.1, inc. e). En ese sentido, se señala expresamente que la inspección de trabajo se encarga de tutelar el cumplimiento de las normas sobre trabajo infantil, sin hacer distinciones o precisiones. Por lo tanto, abarca los supuestos de trabajo autónomo o independiente, trabajo familiar no remunerado, así como trabajo doméstico.

3. **Decreto Supremo Nº 019-2006-TR Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.** Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales. Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: numeral 25.7. El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de menores trabajadores.

   El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad en relación de dependencia, incluyendo aquellas actividades que se realicen por debajo de las edades mínimas permitidas para la admisión en el empleo, que afecten su salud o desarrollo físico, mental, emocional, moral, social y su proceso educativo. En especial, aquellos que no cuentan con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajos o actividades considerados como peligrosos y aquellos que deriven en el trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral.

4. **Ley Nº 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo**. Artículo 67 establece que el empleador no emplea adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre la materia. El empleador debe realizar una evaluación de los puestos de trabajo que van a realizar los adolescentes previamente a su incorporación laboral a fin de determinar la naturaleza, el grado el grado y la duración de la exposición al riesgo con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. El empleador practica exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los adolescentes trabajadores.

5. **Código de los Niños y Adolescentes. El artículo 4** señala que el niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan

su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación. **El artículo 19.-** Modalidades y horarios para el trabajo. El Estado garantiza modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los niños y adolescentes que trabajan asistir regularmente a sus centros de estudio. Los directores de los centros educativos pondrán atención para que el trabajo no afecte su asistencia y su rendimiento escolar e informarán periódicamente a la autoridad competente acerca del nivel de rendimiento de los estudiantes trabajadores. **Artículo 48.-** Ámbito de aplicación. Los adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena están amparados por el presente Código. Se incluye a los que realizan el trabajo a domicilio y a los que trabajan por cuenta propia o en forma independiente, así como a los que realizan trabajo doméstico y trabajo familiar no remunerado. Excluye de su ámbito de aplicación el trabajo de los aprendices y practicantes, el que se rige por sus propias leyes. **Artículo 51.-** Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades. Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: 1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia: a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y, c) Diecisiete años para labores de pesca industrial. 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional. Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos. **Artículo 56.-** Jornada de trabajo. El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales. **Artículo 57.-** Trabajo nocturno.- Se entiende por trabajo nocturno el que se realiza entre las 19.00 y las 7.00 horas. El juez podrá autorizar excepcionalmente el trabajo nocturno de adolescentes a partir de los quince hasta que cumplan los dieciocho años, siempre que este no exceda de cuatro horas diarias. Fuera de esta autorización queda prohibido el trabajo nocturno de los adolescentes. **Artículo 58.-** Trabajos prohibidos. Se prohíbe el trabajo

de los adolescentes en subsuelo, en labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o de sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas este bajo su responsabilidad. El Promudeh, en coordinación con el Sector Trabajo y consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerá periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes en las que no deberá ocupárseles. **Artículo 59.-** Remuneración. El adolescente trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría en trabajos similares.

6. **Ley Nº 28497 Nueva Ley Procesal del Trabajo.** Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia, numeral 8.1 Los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. En el caso de que un menor de catorce (14) años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

7. **Código Civil**[20]**.** se precisa que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas.

8. **Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (Enpeti) 2012-2021**. El eje 4 de la Enpeti establece como objetivo específico el mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido. Para ello, una de las intervenciones programadas en dicho eje se refiere a la "fiscalización de las condiciones laborales de los trabajadores adolescentes registrados", que, a su vez, requiere el "fortalecimiento de capacidades de los inspectores de trabajo para aplicación de los protocolos de trabajo infantil". Se advierte entonces la necesidad de mejorar el sistema de inspección laboral para poder erradicar de manera efectiva el trabajo infantil.

(20) Código Civil, artículo 457.

9. Resolución Ministerial Nº 265-2012-TR (Protocolo de actuación sectorial en trabajo infantil)

a) Cuestiones generales

Esta norma, según lo señalado en su artículo 2.2, pretende ofrecer pautas de actuación que contribuyan básicamente: i) a una acción articulada de las unidades orgánicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y, ii) a la elaboración y aplicación de estrategias de investigación eficaces que optimicen el uso de las facultades inspectivas en la investigación y faciliten la elaboración de conclusiones consistentes. Si bien estas pautas se basan en la normatividad nacional e internacional vigente que debe guiar la interpretación de las normas sociolaborales (art. 4.2) y guardan correspondencia con el principio de legalidad que informa toda actuación de los funcionarios públicos (art. 1.2), constituyen herramientas **flexibles** y **adaptables** a los casos particulares, pudiendo su contenido ser renovado según las circunstancias que puedan presentarse (art. 1.3). Cabe advertir que si bien tienen carácter **sectorial** han sido concebidos con el objetivo de integración dentro de un Protocolo de Actuación Intersectorial que debe tener como marco la "Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021" y el "Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021" (art. 1.4). Su **ámbito de aplicación** según lo dispuesto en el artículo 5.1 cubre a todas las instancias, órganos y unidades del sector trabajo y promoción del empleo, con especial atención en aquellas que forman parte del Sistema de Inspección del Trabajo (Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, Direcciones de Prevención y Solución de Conflictos, entre otras). Sin embargo, se precisa que las Direcciones y Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo son las responsables del cumplimiento del protocolo (art. 9.1.). De especial interés desde el punto de vista conceptual es la precisión que realiza del tipo de trabajo realizado por personas menores de edad que debe ser objeto de prevención y erradicación (art. 6.1.4.): a.1. El trabajo de niños, niñas y adolescentes que tienen menos de la edad mínima de admisión al empleo, según la normativa nacional e internacional vigente. a.2. El trabajo de adolescentes que, teniendo la edad mínima de admisión al empleo, lo hacen en trabajos peligrosos que ponen en riesgo su salud, seguridad y desarrollo moral. a.3. Las peores formas

de trabajo infantil no designadas como trabajo peligroso. Más allá de recordar en el artículo 6.2 la normativa sobre edad mínima de admisión en el empleo, trabajos peligrosos, peores formas de trabajo infantil, resulta relevante señalar que en relación a la edad mínima, advierte que no se deberá tomar en cuenta, entre otros, a los artistas menores de edad (Ley Nº 28131 y su reglamento). En este caso, se permitirá la actividad siempre y cuando no se perjudique la salud, no entorpezca su desarrollo educativo y no afecte la moral y las buenas costumbres. De allí que la Autoridad Administrativa de Trabajo esté facultada para prohibir, cuando no se verifiquen las condiciones antes señaladas, este tipo de labor de la persona menor de edad.

Al respecto, debemos precisar que el artículo 21 del Reglamento de la Ley del artista (D.S. Nº 058- 2004-PCM), si bien establece que la Autoridad Administrativa de Trabajo está facultada para prohibir, cuando no se verifiquen las condiciones señaladas, el trabajo del menor de edad, a continuación se señala que, para el caso de niños, niñas y adolescentes que realizan su actividad de manera autónoma, son competentes las Municipalidades Distritales, de acuerdo a lo regulado en el Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, se mantiene un doble estándar de protección, dependiendo de si la labor del artista menor de edad es autónoma o independiente, lo cual vulnera el principio-derecho de igualdad.

b) Etapas y pautas de actuación

Las pautas de actuación se deberán aplicar en diversas etapas de actuación: etapa de prevención, etapa de detección e intervención, y, etapa de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo.

b.1. Durante la **etapa de prevención** (art. 8.1 y ss.) son dos las actividades centrales: i) la programación anual de las actuaciones inspectivas, y, ii) el registro y sistematización de la información sobre trabajadores adolescentes, que servirá de base a la primera. Para ello establece una serie de facultades para la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Empleo, la Dirección General de Inspección del Trabajo, las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo; y la Dirección de Promoción y Protección de losDerechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo.

b.2. Para el desarrollo de la **etapa de detección e intervención** se prevé la remisión por parte de diversas autoridades de información relativa a situaciones que evidencien infracciones a la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en materia de trabajo infantil que debe servir a la programación de la actuación inspectiva (punto 8.2.1.). Se establece en el artículo 8.2.2. que dicha programación deberá responder a un diseño previo que contenga una **Hipótesis de Investigación** y una **Estrategia de Intervención**, con el objeto de evaluar y seleccionar las actuaciones inspectivas de investigación concreta y pertinente. Seguidamente se establecen en detalle los criterios mínimos para la formulación de la hipótesis y la estrategia (arts. 8.2.3. y 8.2.4.). Asimismo, se dictan pautas concretas a seguir por los inspectores de trabajo durante las actuaciones inspectivas (art. 8.2.6. y ss.), en la lógica de garantizar de mejor manera los derechos de los trabajadores menores de edad, incluyendo la de carácter social.

b.3. Para la **etapa de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo**, se dictan pautas para la atención psicosocial de los trabajadores menores de edad, la sistematización y monitoreo de los casos investigados. En efecto, concretamente se establece que: i) La Secretaria Técnica del CPETI coordina y monitorea con los sectores involucrados en la intervención, la ejecución de acciones orientadas a la rehabilitación e inserción de las personas menores de edad, especialmente la prestación de servicios educativos (8.3.1.). ii) La Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y la Dirección General del Servicio Nacional del Empleo analizan conjuntamente la situación personal y familiar de las víctimas de trabajo infantil con la finalidad de evaluar su incorporación como beneficiarios en los servicios de promoción del empleo y empleabilidad que se brindan a través de la Ventanilla de Única de Promoción del Empleo (art. 8.3.2.). iii) La Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y la Dirección General de Inspección de Trabajo coordina la sistematización y divulgación sobre los casos investigados y socializan las recomendaciones formuladas. Igualmente promoverán los estudios e investigaciones sobre la materia (art. 8.3.3.). iv) Por

último, se establece que la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo diseñara e implementará un sistema de monitoreo de casos, el cual deberá articularse con el sistema homólogo de la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (artículo 8.3.4.).

10. Resolución Directoral Nº 213-2013-MTPE/2/16 (aprueba la Directiva General Nº 02- 2012-MTPE/2/16, "Normas aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo en materia de prevención y erradicación del Trabajo Infantil")

Esta norma se complementa con el Protocolo de actuación sectorial en trabajo infantil y tiene como finalidad establecer criterios mínimos de actuación y observancia obligatorias por los actores del Sistema de Inspección del Trabajo en el ámbito del trabajo de niños, niñas y adolescentes (parte II y artículo 5.3.4.).

Los órganos responsables de su cumplimiento en distintos niveles son la Dirección General de Inspección de Trabajo y las Direcciones Regionales (arts. 6.1. y 6.2.). Las pautas establecidas se aplicarán, según sea el caso:

a) Durante la programación de las actuaciones inspectivas

Dispone que la Dirección General de Inspección de Trabajo deberá acceder a las fuentes de información previstas en el protocolo de las que puedan evidenciarse a priori situaciones vulneratorias de normas sociolabores sobre trabajo infantil e incluirá en el Plan Anual de Inspección la ejecución de actuaciones inspectivas (art. 5.1.1.). Asimismo, plantea que esta dirección una vez recibida la información del registro de trabajadores adolescentes administrada por la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo priorice la programación de visitas inspectivas a fin de verificar las condiciones en la que laboran las personas menores de edad registradas (art. 5.1.2.). De igual modo, indica que las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo aprobarán los planes regionales sobre la base del Plan Anual de Inspección aprobado por la Dirección General de Inspección de Trabajo, y ejecuta las actuaciones inspectivas no programadas que

sean priorizadas (art. 5.1.3.). Por último, señala que la Dirección General de Inspección de Trabajo y las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo programarán las actuaciones inspectivas sobre la base de los planes anuales y regionales aprobados (art. 5.1.4.).

b) La realización de las actuaciones inspectivas de investigación

En primer lugar, establece la entrega al empleador y trabajadores de la "Cartilla Informativa" sobre el cumplimiento de las normas sobre trabajo infantil (art. 5.2.1.) y la aplicación del "Cuestionario Exploratorio" sobre trabajo infantil (art. 5.2.2.). En caso de constatarse la presencia de personas menores de edad se completará la aplicación de la "Ficha de Evaluación del Menor" (art. 5.2.5). En segundo lugar, señala en el artículo 5.2.3. que si de la aplicación del cuestionario surgen indicios de vulneración de normas laborales sobre trabajo infantil deberá solicitar la ampliación de las materias de inspección. Además, en el mismo artículo prevé un mecanismo de actuación *ad hoc* en los casos complejos que impidan o dificulten el ejercicio de las facultades inspectivas de los inspectores de trabajo. En tercer lugar, enfatizan que en el caso de detectar supuestos de trabajos prohibidos de trabajo infantil y que exista riesgo de desaparición de medios de prueba o hechos se deberá actuar de inmediato solicitando, si fuera el caso, el auxilio y colaboración de otras entidades (art. 5.2.4.). Cabe advertir, que esta actuación inmediata no solo se debe exigir al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sino también a las otras entidades involucradas en la lucha para erradicar el trabajo infantil. Es por ello que se requiere de un protocolo especializado que ordene la actuación de las diversas entidades, de acuerdo al eje de intervención que corresponda (prevención, detección e intervención, y de seguimiento, retroalimentación y servicios de empleo). En cuarto lugar, en caso de constatarse la presencia de personas menores de edad se interrogará a este y al empleador por separado (art. 5.2.5.). En quinto lugar, él establece los criterios para determinar el carácter de insubsanable de las infracciones de la normativa sobre trabajo infantil (art. 5.2.6.) y las medidas correctivas a disponer frente la verificación de dichas infracciones (art. 5.2.7.). En otros términos, la infracción a las normas que regulan el trabajo

infantil en nuestro país es insubsanable. De allí que no se entienda que en el artículo 31 de la Ley General de Inspección del Trabajo, se haya establecido la posibilidad de regular infracciones de trabajo infantil con sanciones de carácter leve, grave o muy grave. Por el contrario, y tal como lo señalamos anteriormente, el incumplimiento a la normativa sobre trabajo de personas menores de edad debe calificar siempre como un supuesto "muy grave".

De modo complementario, establece pautas con relación al registro de las actuaciones inspectivas (art. 5.3.1.), la concurrencia de ilícitos penales (art. 5.3.2.) y el monitoreo de la ejecución de las sanciones impuestas (art. 5.3.3.).

Se advierte, por un lado, una constante retroalimentación de los casos sobre trabajo infantil. Ello, en la medida que se proyecta volver a verificar en un futuro la situación de los adolescentes trabajadores, a fin de determinar si se han cumplido los requerimientos realizados. Por otro lado, es indudable que, en los casos en los que se evidencia una vulneración de derechos fundamentales de los y las adolescentes trabajadores, se deberá comunicar los hechos a las entidades de persecución del delito. Ello no implica que la inspección de trabajo abdique en sus funciones, sino que trabaje de manera coordinada con otras entidades, a fin de garantizar una tutela adecuada de los derechos de los adolescentes involucrados.

11. **Código Penal. Artículo 128.-** El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea sometiéndola a trabajos excesivos, inadecuados, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, sea obligándola o induciéndola a mendigar en lugares públicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En los casos en que el agente obligue o induzca a mendigar a dos o más personas colocadas bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años.

VIII. ROL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL - SUNAFIL

Mediante Ley Nº 29981[21] se creó la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que tendrá a cargo el promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias (artículo 1 de la Ley y artículo 2 del D.S. Nº 007-2013-TR Reglamento de Organización y Funciones). Dicho órgano se constituyó, además, como el ente rector y la autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo (art. 3 de la Ley y del ROF). La Sunafil desarrolla y ejecuta todas las funciones y competencias establecidas en el artículo 3 de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, en el ámbito nacional y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo, de conformidad con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las políticas institucionales y los lineamientos técnicos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Los gobiernos regionales, en el marco de las funciones establecidas en el artículo 48, literal f), de la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, desarrollan y ejecutan, dentro de su respectivo ámbito territorial, todas las funciones y competencias señaladas en el artículo 3 de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, con relación a las microempresas, sean formales o no y de acuerdo a como lo defina el reglamento, en concordancia con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las normas que emita el ente rector del sistema funcional.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Siendo una de las funciones de la Sunafil la prevención, este organismo debe propender a instaurar una "cultura de prevención" en el mundo laboral para lograr que la población tenga una vida larga, sana y productiva; y que al mismo tiempo disminuya el creciente costo de los incidentes para los particulares, las empresas y la sociedad. El objetivo de una cultura de

(21) Publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de enero de 2013.

prevención es, simplemente, que todos los lugares de trabajo cumplan las normas establecidas, de forma que tanto los empleadores como los trabajadores lo consideren algo normal y una responsabilidad social. Aparte de eso, la cultura de prevención implica aspirar a mejorar continuamente para que los costos y los beneficios de la prevención estén cada vez más claros no solo para los empleadores y los trabajadores, sino también para los gobiernos y la opinión pública. La importancia de este concepto para el trabajo infantil es evidente. Si se evita que se abuse de los trabajadores durante su infancia, la sociedad tendrá una fuerza de trabajo más productiva y una nueva generación de adultos más sanos y mejor preparados para afrontar nuevos tiempos.

2. Hace falta, y de manera urgente, una adecuada sistematización de todas las normas laborales, así como la emisión de directivas por parte de la Sunafil.

3. Se requiere la inmediata derogación del cargo de inspector auxiliar, toda vez que con la creación de la Sunafil, este cargo ha dejado de ser funcional, por las competencias que la ley le otorga, sumado a ello, se tiene que, en la práctica estos servidores públicos realizan las mismas funciones que un inspector de trabajo, por lo tanto, esta medida resulta sumamente necesaria e igualitaria.

4. Con el objeto de velar por el interés superior del niño trabajador, es necesario que se contrate un mayor número de inspectores, toda vez que el número de estos es insuficiente para atender con prontitud y efectividad los reclamos de los trabajadores recurrentes.

LA FISCALIZACIÓN LABORAL MÁS ALLÁ DE LA SANCIÓN

Una revisión de los programas de inspección a nivel internacional

JOSÉ MANUEL ANGULO JUGO

I. INTRODUCCIÓN

Los repentinos y radicales cambios en el mercado de trabajo, unidos a la crisis financiera y económica mundial, han llevado a las empresas a replantear los modelos clásicos de organización empresarial. Si bien, este fenómeno puede ser unos de los rasgos característicos más importantes del anterior siglo(1), que nos ha embistió por sorpresa a todo. Estas nuevas y *sui generis* formas en que las relaciones laborales, la organización de empresas y la forma en que los negocios se realizan, han llevado a que las propias empresas asuman distintas funciones y especialidades para no verse llevada por la marea, al igual que los trabajadores y el propio Estado.

En ese sentido, debemos recordar que el Estado tiene la obligación de velar por los derechos de los trabajadores y el de las empresas, para que las relaciones laborales se lleven de manera ordenada, sin caer en abusos de ninguna de ambas partes. Es a raíz de esta obligación, que el Estado se suscribe a tratados internacionales que versan sobre temas laborales y, adicionalmente, promulga normas

(1) Recordemos de los cambios de los modelos productivos y organizacionales fordistas, tayloristas y toyotista.

legales que forman parte de un ordenamiento laboral especial, que trata de proteger los casos generales y particulares.

El propio Estado, además de crear instrumentos legales, está obligado a promover y fiscalizar el correcto uso de sus normas. Es importante recordar la evolución histórica de esta obligación y cuál es el papel del Estado.

En 1802, el Parlamento británico promulgó la "Ley para preservar la moralidad de los aprendices"(2), lo que no era otra cosa que una de las primeras normas sobre seguridad y salud en el trabajo para niños trabajadores. En este caso, para velar esta situación, el Estado creó unos comités voluntarios formados por personas notables de cada localidad; sin embargo, su aplicación no resultó efectiva por lo que el 29 de agosto de 1833, se promulga la ley conocida como *Althorp Act*, con el cual se crea los cuatro primeros puestos de "inspectores de fábrica", quienes tenían las siguientes atribuciones: a) La libre entrada en las empresas; b) la libre investigación de los trabajadores y empleadores; y c) la capacidad de dirimir conflictos y juzgar las infracciones que debían imponerse(3).

En 1844, los inspectores se convirtieron en funcionarios públicos y con el paso de los años este sistema fue reproducido por toda Europa. Por ejemplo, en 1887, se establece un cuerpo de inspectores auxiliares de origen obrero que, luego, en 1920 fue reemplazado por un sistema, esencialmente, consultivo y de limitadas funciones, centradas en la investigación y en la exigencia del cumplimiento de la legislación, tanto en el medio fabril como en otras industrias (minería, explosivos o productos químicos)(4).

Mientras tanto, en 1853, en Prusia, se estableció, como primera acción inspectora, una inspección de trabajo facultativa que quedaba a cargo de una comisión mixta de policía e inspectores escolares, para luego, en 1853, ser modificado a una inspección obligatoria, pero solo referida a los menores, y que ya en 1869 se extiende, por orden de Van Bismark, a todas las otras actividades laborales, generalizando la función inspectora obligatoria. Por último, en 1887, se crea un cuerpo de inspectores en todos los Estados alemanes formado por funcionarios especiales y encargados exclusivamente de esta función con apoyo de las autoridades policiales(5).

(2) En: <http://www.ibe.unesco.org/publications/ThinkersPdf/owens.pdf>.

(3) VEGA RUIZ, María Luz. "La inspección de trabajo en Europa: Retos y logros en algunos países seleccionados aún en tiempo de crisis". En: *Documento de Trabajo*. Nº 3, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, octubre de 2009, p. 3.

(4) Ídem.

(5) Ídem.

Por otro lado, en Francia, en 1841, se promulgó la ley de protección de menores, sin embargo, años siguientes se pudo corroborar el fracaso de la misma, dejando en evidencia que las normas sin medios que garanticen su aplicación son inconsistentes y no producen una conciencia de obligatoriedad; por ello, debido a la ley sobre el trabajo de niñas y niños menores en la industria del 19 de mayo de 1874(6), se constituyó el primer cuerpo de quince inspectores encargados de la vigilancia de las obligaciones de la presente ley en noviembre de 1892(7).

Para 1889, siete países europeos, Reino Unido, Dinamarca, Francia, Suiza, Alemania, Rusia y Austria, ya habían creado órganos de inspección encargados de controlar la aplicación de las normas laborales. Luego, a partir de 1900, se sucede la creación de las diferentes inspecciones nacionales, en los Países Bajos (Holanda) en 1909, Bélgica y Luxemburgo en 1902, España en 1906 e Italia en 1912(8).

En 1910, la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) publicó el primer informe comparado sobre estas experiencias fueron creciendo por toda Europa y también fuera de ella, tanto que en 1910, la Oficina Internacional del Trabajo publicó el informe sobre "la aplicación de las leyes obreras en Europa" que señalaba que veintidós Estados europeos ya se contaban o se encontraban desarrollando un sistema de inspección de trabajo unitaria e independiente y de alta competencia técnica(9).

Para el año 1919, año de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se impulso la iniciativa de establecer un tratado internacional sobre este punto exacto y que luego se convirtiera en la Parte XIII del Tratado de Versalles, luego Constitución de la OIT(10).

> "Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección (…) con el objeto de garantizar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección a los trabajadores".

Posteriormente, se dieron la Recomendación OIT Nº 20 y los Convenios OIT Nº 81 y 129 (1947 y 1969 respectivamente), los cuales establecieron una base sobre la forma y estructura que debería tener los sistemas de inspección laboral en cada Estado parte.

(6) En: <http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2050/%5B2%5D%20Escobar%20Herrreo%20F%20B.pdf?sequence=6>.

(7) Loc. cit. VEGA RUIZ, María Luz. *La inspección de trabajo en Europa*.

(8) Ídem.

(9) En: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5232/ggg1de1.pdf?sequence=1>.

(10) En: <http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/century/>.

II. EL OBJETIVO DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL

Como lo señalábamos al inicio de este escrito, la fiscalización o inspección nació para velar los derechos de los trabajadores, no necesariamente para multar o imponer esa clase de medidas coercitivas. La propia OIT ha establecido un amplio abanico de planes de sanciones disponible, que pueden incluir advertencias verbales y escritas, órdenes de carácter administrativo, multas impuestas por la administración o una mayor carga regulatoria, incluso llegar hasta la interposición de acciones judiciales como último recurso.

> "La inspección de trabajo es una parte fundamental de una administración laboral con funciones de tutela y control y por tanto es una actividad administrativa sometida a los principios y procedimientos propios del ordenamiento administrativo, al menos en lo relativo a la potestad sancionadora. No cabe hoy hablar de buena gobernanza sin contar con una inspección eficaz y capaz de afrontar los retos de un mercado de trabajo cambiante y con dificultades crecientes"(11).

Es importante utilizar los distintos medios posibles para velar por el cumplimiento no solo para conseguir que la ley se cumpla cuando otras medidas no han tenido efecto, sino también para garantizar que los obligados actúen de acuerdo a la ley y que ellos mismos se den cuenta de sus propios incumplimientos y los subsanen.

> "La información, el asesoramiento y la educación a empleadores y trabajadores contribuyen a garantizar la aplicación de las disposiciones legales tanto como las medidas coercitivas. Los inspectores no se limitan a realizar supervisiones retrospectivas para garantizar que todo está en orden. Pueden, por ejemplo, asesorar acerca de las medidas a tomar para garantizar la seguridad, para cumplir con los requisitos legales en relación con el pago de salarios, para indicar dónde y cómo pueden realizarse los exámenes médicos, para demostrar la importancia de limitar las horas de trabajo o para analizar problemas, reales o potenciales, con el empleador. Se puede suministrar información a través de distintos medios, como proporcionar asesoramiento e información durante las visitas de inspección, a

(11) Casale, Giuseppe en VEGA RUIZ, María Luz. "La inspección de trabajo en Europa: Retos y logros en algunos países seleccionados aún en tiempo de crisis". *Documento de Trabajo*. Nº 3, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, octubre de 2009, p. V.

> partir de solicitudes verbales o escritas o con campañas educativas (cursos, conferencias, emisiones de radio y televisión, carteles, panfletos, videos, etc.). En muchos países, el suministro de información y asesoramiento está institucionalizado, especialmente cuando se trata de seguridad y salud en el trabajo y cuando se ha adoptado una nueva disposición legal. Las inspecciones del trabajo están haciendo cada vez más uso de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información para proporcionar información técnica y asesoramiento en relación al contenido de la legislación laboral y a los medios más efectivos de cumplir con ella"[12].

Es así que debemos de entender que la naturaleza de la inspección, más que una mera coerción es la educación, la función de proporcionar información y el asesoramiento que pueda ejercer una influencia más allá del caso concreto, es una sola palabra la prevención.

Sin embargo, hay personas que consideran que una supervisión sin amenaza de sanción solo debilitaría la credibilidad de la inspección, ¿para qué molestarme si no me van a castigar? ¿Para qué estar en regla si no importa? O a la inversa, y a veces se plantea, ¿no es mejor ser informal?

El deber de los Estados ante sus normas sociolaborales es la de buscar que sus leyes se cumplan, sin excepción algunas y no solo castigar el incumplimiento. Son dos objetivos distintos, uno considerado como el deber de sancionar el incumplimiento y el otro, como el deber de prevención de los incumplimientos por parte de los actores sociales.

Es cierto que, si la inspección de trabajo tuviera solo una función de asesoramiento perdería su autoridad. Una inspección o fiscalización sin asesoramiento resultaría demasiado legalista y sería percibida con una gran reticencia por los sujetos fiscalizados. Las sanciones no son un fin en sí mismas, es más importante conseguir la cooperación del empleador e incentivos que conlleven una actitud positiva hacia las obligaciones exigidas por ley[13].

> "Inspección y asesoramiento deberán ir, mano a mano, para:
>
> - Incentivar a los empleadores a adherirse a los objetivos de la ley, y adoptar una actitud más positiva ante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo.

(12) OIT. *¿Cómo funciona la inspección del trabajo? Guía para empleadores*. Ginebra, 2011.

(13) Ibídem, p. 18.

- Alentar la puesta en común de información y el intercambio de buenas prácticas entre empresas.
- Estimular el diálogo entre empleadores y trabajadores; y
- Proporcionar a los trabajadores un mejor conocimiento de sus derechos (concienciación)"[14].

En ese sentido, se puede concluir que la fiscalización laboral que solo se dedique a multar o sancionar deber ser considerado como un instrumento errado en el objeto del cual fuera creado, junto con su concepción evolucionada a través del tiempo y refrendado en los instrumentos internacionales de trabajo.

Si bien las multas son un mecanismo, estas no llegarán a causar ningún impacto frente a los problemas sociolaborales sin una educación de prevención correcta, objetiva y dirigida. A modo de ejemplo, y solo para colocar un símil, castigar a un niño por un hecho que realizó pero no supo que estaba mal, solo ocasionará que el niño tal vez no realice ese acto pero sí otros que desemboquen en el mismo fin. De esta manera, es correcto preguntarnos si ¿son solo las multas un mecanismo eficaz para que los actores laborales entiendan los problemas sociales y corrijan su actuar? Nosotros creemos que no.

III. UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS FORMAS DE PROMOCIÓN Y EDUCACIÓN

El Informe III (Parte 1B) de la Conferencia Internacional del Trabajo 95ª estudio general relativo a las herramientas reguladoras sobre la inspección del trabajo[15] señaló que para que las intervenciones de los inspectores del trabajo sean eficaces es esencial que los empleadores sean plenamente conscientes de la necesidad de conocer sus derechos y obligaciones respectivos y velar por su observancia.

(14) Ídem.

(15) Informe III (Parte 1B) de la Conferencia Internacional del Trabajo 95ª reunión del año 2006, un estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133) Ginebra, 2006.

> "El artículo 3, párrafo 1, b), del Convenio núm. 81 y el artículo 6, párrafo 1, b), del Convenio núm. 129, equiparan en importancia la función de control con la de informar y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más eficaz de cumplir las disposiciones legales pertinentes. Estas dos funciones son indisociables y representan los dos aspectos esenciales de la inspección del trabajo. En el párrafo 14 de la Recomendación núm. 133 se sugiere a los Miembros que inicien o promuevan una campaña educativa continua destinada a informar a las partes interesadas, por todos los medios adecuados, sobre las disposiciones legales pertinentes y la necesidad de aplicarlas estrictamente, y también sobre los peligros para la salud o la vida de las personas que trabajen en empresas agrícolas y de los medios más apropiados para evitarlos (párrafo 1)"(16).

De manera global se entiende que el concepto de fiscalización laboral no implica solo la imposición de multas, es por ello que varios gobiernos han creado programas de fomento los cuales han llevado a muy buenos resultados, por lo cual es correcto afirmar que es una corriente actual pensar en educación y prevención antes que en sanciones, esto va de la mano con programas de formalización laboral, como el Forlac –Programa Regional para la Formalización de la Informalidad– que promueve la propia OIT en toda América Latina y tiene como base la sensibilización de la formalidad dentro del marco del trabajo decente antes que una mera actuación sancionadora de parte de los Estados.

Los programas de enseñanza y prevención son una tendencia mundial y van creciendo cada vez más rápido. Solo para dar unos ejemplos, desde finales de la década de los ochentas en China, específicamente en la Región Administrativa Especial de Macao, se estableció, en el párrafo Nº 4 del Decreto Ley Nº 60/89/M, promulgado el 18 de septiembre de 1989, una nueva estructura de organización y marco del personal directivo de los servicios del trabajo y el empleo, los cuales fueron orientados a la enseñanza y capacitación de este personal para que haya un mayor respeto por las normas sociolaborales que ellos mismos podían realizar.

En la República Dominicana, bajo lo establecido en el artículo Nº 3, párrafo Nº 1, de la resolución del Secretario del Estado de Trabajo Nº 42/94, emitida el 28 de octubre del año 1994, se han creado unos programas especiales de

(16) Ibídem, p. 34.

información, un servicio especial de información que forma parte de la estructura central de inspección del trabajo.

Otra tendencia, es la posibilidad de crear indicadores sobre las incidencias o incumplimientos más frecuentes y su forma adecuada de respetarlos. La autoridad central de inspección del trabajo de Bulgaria indicó, en uno de sus informes anuales de actividad, que los usuarios cursaban un volumen considerable de solicitudes de información, y recomendó que se prestase una asistencia más dinámica a las pequeñas empresas mediante consultas y asesoramientos útiles con miras a la solución de sus problemas(17).

Con el tiempo, Bulgaria ha utilizado estos indicadores para poder crear un programa que una a la dirección de inspecciones junto con otras organizaciones e instituciones especializadas con el fin de formar y capacitar inspectores de trabajo en un abanico de disciplinas más amplias. Esta propuesta, llamada "Un inspector: una empresa", ha tenido resultados positivos ya que, tanto los empleadores como los trabajadores, han tenido disponible el acceso, por parte gubernamental, a asesoramiento profesionales que van más allá de temas laborales, lamentablemente las realidades políticas y económicas de estos países han logrado desacelerar este proyecto, pero es una tendencia que, de acuerdo a los instrumentos de trabajo de la OIT, más países adoptarán en un futuro inmediato(18).

En la misma línea de este programa, el Ministerio de Trabajo de Vietnam, The *Ministry of Labour, Invalids and Social Affairs* (MOLISA)(19), realiza una labor parecida a la experiencia búlgara, en donde los inspectores son los responsables de una revisión de todas las condiciones generales de trabajo, la regulación de seguridad y salud en el trabajo, los pagos de seguridad social y la investigación de los accidentes ocupacionales. Adicionalmente, los inspectores no solo hacen cumplir la ley, realizan campañas o asesoría técnica individual a trabajadores y empleadores, llaman la atención de las autoridades competentes (en otros casos no laborales) para que realicen las investigaciones correspondientes cuando no exista una protección legal preestablecida. En algunos casos, funcionan como intermediarios y proponen acuerdos conciliatorios en negociaciones individuales y colectivas, a manera sindical.

En Irlanda, se ha planteado el "Plan del buen vecino", en donde la empresa más desarrollada debe ayudar auditando a las pequeñas empresas en temas

(17) Ídem.

(18) Loc. Cit. OIT. *¿Cómo funciona la inspección del trabajo?*, p. 24.

(19) En: <http://english.molisa.gov.vn/>.

laborales, en específico se busca que promover una mayor concienciación acerca de las cuestiones de seguridad y salud en el centro de trabajo. En Japón se viene dando un programa parecido, sin embargo, en esta experiencia, si la empresa pequeña se rehúsa o rechaza la ayuda de los profesionales expertos de las grandes empresas, estas se harán acreedores a una fiscalización laboral inmediata y exhaustiva. Adicionalmente, en algunas provincias de Canadá también se experimenta con dicha estrategia, pero al igual que Irlanda, se basan en la voluntariedad, aunque desarrollan planes de patrocinio o vinculaciones comerciales y mercantiles entre grandes y pequeñas empresas(20).

En Francia se elabora un informe anual por la dirección de inspecciones, por el que se crea un medio de comunicación que brinda explicaciones y precisiones sobre el contenido y el alcance de las nuevas legislaciones de ámbito general, así como sobre los medios eficaces de aplicarlas. También se presentan en ese informe las medidas adoptadas por la Inspección del Trabajo individualmente o en conjunto con otras instituciones(21).

Esta experiencia, la francesa, toma un giro adicional en el país nórdico de Dinamarca, ya que la Autoridad Danesa de Ambiente Laboral(22) (DWEA)(23)(24) ayuda a las gerencias de las empresas en el desarrollo de buenas prácticas laborales buscando alcanzar lograr la igualdad y trabajo decente con unas listas de verificación (checklist o The Danish SLIC Evalutiaon Questionnaire) para evaluar los riesgos laborales en más de los 60 sectores o establecimientos que son más comunes en dicho país. Estas listas tienen como objetivo ayudar a las pequeñas empresas a realizar la obligatoria evaluación de riesgos, ayudando a identificar los principales problemas y riesgos en su centro de trabajo, bajo simples listas con preguntas (cuestionarios) para responder "sí" o "no", en donde responder afirmativamente supone un problema que la empresa debe resolver mediante un plan de trabajo. Esta actividad se realiza en esfuerzos conjuntos con otras autoridades como la autoridad danesa de seguridad tecnológica en temas de seguridad eléctrica, la autoridad danesa para la construcción, la autoridad danesa sobre energía, entre otras, para prevenir riesgos graves como incendios, problemas eléctricos y el uso de materiales que emitan radiación, entre otros(25).

(20) OIT. *Inspección del trabajo: Lo que es y lo que hace. Guía para los empleadores*. Ginebra, p. 35

(21) Loc. Cit. Informe III (Parte 1B) de la Conferencia Internacional del Trabajo 95ª, p. 32.

(22) Danish Working Environment Authority.

(23) En: <http://engelsk.arbejdstilsynet.dk/>.

(24) En: <http://uk.bm.dk/>.

(25) Senior Labour Inspectors Committee 2008. "Report on the Evaluation of the Danish Working environment Authority" in 2008.

Adicionalmente, la DWEA es responsable para brindar información y capacitaciones en temas sociolaborales a empresas, consejos sectorales de trabajo, sindicatos de trabajadores y empleadores y cualquier persona del Sector Privado interesada. Por último, se estableció un programa de "caritas felices" (*the smiley scheme)* como forma de señalar el resultado de una evaluación a un centro de trabajo posterior a una inspección laboral. El tipo de carita feliz indica la gradualidad de los resultados encontrados. Estas caritas serán publicadas en la página web de la DWEA y visible para todo el público en general(26).

Por otro lado, en Polonia se ha llevado a cabo una campaña de seguridad en el sector de la construcción, en colaboración con varios interlocutores sociales, como la Unión de Empleadores de la Construcción, la Asociación Polaca de Contratistas de Techumbres, la Confederación de Trabajadores de la Construcción y la Propiedad Inmobiliaria, y el Sindicato Independiente y Autónomo "Solidarnosc"(27); dedicada especialmente a los riesgos inherentes a las obras de demolición, así como a las actividades de transporte, haciendo hincapié en las pequeñas empresas y en la definición de los riesgos para la prevención de esos riesgos, su eliminación, o ambos objetivos a la vez. Los servicios de inspección del trabajo impartieron 700 cursos de formación en todo el país, inclusive en 2004 se inició una campaña, destinada con carácter específico a los trabajadores rurales, sobre el tema de la "Salud y seguridad en la agricultura: explotaciones agrícolas sin riesgos", que incluía la distribución de documentos, la organización de los cursos y conferencias, así como un concurso para agricultores sobre las normas básicas de la salud y seguridad en el trabajo(28).

Otros países fomentan las buenas prácticas laborales, en Ucrania se instituyó en el 2002 un concurso para la elección del Empleador del Año, y en Indonesia, donde con motivo de la celebración del mes de la salud y la seguridad en el trabajo, el Consejo Nacional de Salud y Seguridad otorgó premios a las empresas en las que no se había registrado accidente alguno y que se habían dotado de un sistema de gestión eficaz de la salud y seguridad en el trabajo(29).

Por otro lado, y siguiendo las nuevas tecnologías, varios países tratan de modernizar sus programas de fiscalización laboral, una de las prácticas que se hace cada vez más frecuente, como en países como Fiji, Francia, Polonia, Rumania,

(26) En: <http://www.ilo.org/labadmin/info/WCMS_156045/lang--en/index.htm>.

(27) En: <http://www.solidarnosc.org.pl/en/>.

(28) Ibídem, p. 33.

(29) En: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=c3e7ee1b8e912310VgnVCM1000008130110a>.

Reino Unido, Ucrania y Vietnam, es el aprovechamiento de las posibilidades que ofrece Internet para que la inspección del trabajo pueda difundir información y asesoramiento técnico, y sobre los medios más eficaces de cumplirla. Otro ejemplo es el Gobierno de Colombia, la Dirección de Inspección del Trabajo, dependencia del Ministerio de la Protección social, ha organizado videoconferencias y jornadas dedicadas a la asistencia jurídica.

En programas más avanzados y elaborados, se puede resaltar los realizados en países como España, que el día 25 de julio del año 2007, la inspección del trabajo en España tomó un giro favorable al crear un grupo de trabajo específico para el desarrollo e implantación del denominado Plan PreVea. Este programa tiene como objeto la reducción de accidentes en empresas de alta siniestralidad laboral que quieran mejorar sus condiciones de trabajo reduciendo sus accidentes tanto en número como en gravedad(30).

El objetivo de dicho programa es conseguir el compromiso y la colaboración voluntaria de estas empresas en la reducción de sus accidentes, de forma que contribuyan significativamente a la consecución del objetivo nacional de reducción de los niveles de siniestralidad. El PreVea es liderado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas, colaborando en su aplicación los organismos técnicos del Estado español, a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y la Secretaría Española de la Seguridad Social, a través de los equipos técnicos de las Mutuas(31).

Cabe resaltar que este programa se ha apoyado en las experiencias aplicadas en otros países como en los Estados Unidos, los programas voluntarios en Dinamarca, entre otros.

En 2009 el Grupo de Trabajo PreVea elaboró criterios para la aplicación del programa y en el diseño y desarrollo de actividades de difusión. En febrero de 2010, se organizó una jornada técnica dirigida a los responsables de las Comunidades Autónomas encargados de gestionar el Plan Prevea, con el objetivo de establecer criterios comunes de ejecución e implantación. Desde entonces, se ha trabajado en el impulso y seguimiento del programa, con un papel muy activo por parte de las Comunidades Autónomas y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social(32).

(30) Ídem.

(31) Plan Prevea: Documento aprobado por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, celebrado el día 15 de octubre de 2008. En: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/PREVEA.pdf>.

(32) En: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=c3e7ee1b8e912310VgnVCM1000008130110a>.

El método de trabajo de este programa se basa en el compromiso de las empresas en tomar medidas efectivas, proactivas y preventivas para mejorar las condiciones de trabajo. Este compromiso, va de la mano, con la exclusión de sanciones laborales y al seguimiento de un plan de trabajo y la consecución de un conjunto de objetivos, al cual se llega a través de un análisis de los accidentes de trabajos y sus causas. Para poder participar en este programa, es obligatorio el apoyo de sus trabajadores o sus representantes.

Es así que el programa contiene dos subprogramas paralelos: un subprograma de modificación de las condiciones de trabajo, que analiza el origen de los accidentes en la empresa participante, y otro subprograma de implantación de un sistema de prevención en la empresa que desarrolle en el futuro una actividad preventiva eficaz, de manera que los logros conseguidos se mantengan e incrementen en el tiempo.

Por último, la permanencia de cada empresa en el programa PreVea es de 24 meses, al finalizar debe haber conseguido el objetivo de reducción de accidentes.

> "PreVea está diseñado para que aporte beneficios a todos los sectores de la sociedad que se ven afectados por la siniestralidad laboral o sus consecuencias: para las empresas, para las administraciones públicas, para los trabajadores, para el sistema de Seguridad Social y para los servicios de prevención:
>
> Beneficios para la empresa adherente:
>
> - Reducción de la siniestralidad laboral
> - Enfoque de la actuación pública prioritariamente no punitivo, sino de asesoramiento e información
> - Reconocimiento público
> - Reconocimiento social
> - Apoyo técnico
> - Mejora de la fiabilidad de sus procesos
> - Mejora del clima laboral y resultado económico
> - Impulso a la integración de la prevención".

Dejando de lado la experiencia española, quisiéramos tocar lo sucedido en Brasil, en donde la intervención de los inspectores del trabajo no solo han ayudado a las empresas a que sus prácticas sean conformes a la ley, sino que también han promovido soluciones legales y técnicas innovadoras que, en algunos casos, han mejorado la competitividad y productividad de las empresas.

Debido a las violaciones generalizadas de la legislación nacional (informalidad, condiciones de trabajo deficientes, alta siniestralidad laboral, etc.) los inspectores del trabajo en el área de Minas Gerais comenzaron a emitir cientos de multas y amenazas de demandas penales contra las empresas de fuegos artificiales. Sus políticas también incluían la confiscación de la propiedad de los granjeros (el grano y las semillas de la producción) con el objetivo de reformas agrarias. En paralelo, los inspectores de trabajo proporcionaban la asistencia técnica y legal que era decisiva en la promoción del cumplimiento de la ley. En el caso de la agricultura, se llevaban a cabo acuerdos de contratación alternativos para trabajadores temporeros, estos acuerdos eran menos costosos para los granjeros y llevaron a formalizar a 65000 trabajadores en 2001. En la industria de los fuegos artificiales, el cumplimiento con la normativa de seguridad y salud mejoró las condiciones de trabajo y redujo los accidentes laborales a uno al año (anteriormente se producían 6 al año).

Los inspectores también proporcionaron asistencia para mejorar el producto lo que resultó en una estrategia competitiva, viable en el mercado internacional. Además, con el apoyo de los inspectores del trabajo las empresas de fuegos artificiales crearon en 2006 un plan de certificación de calidad que requería las mismas normas de calidad para los productos importados y este ha sido el paso más importante dado para mejorar la capacidad de competir en los mercados globales sin reducir los estándares de la industria.

Por último, tenemos a Chile que ha creado el programa de autodiagnóstico de cumplimiento de la normativa laboral a través de su portal web(33). Se accede a través del sitio web de la Dirección de Trabajo y permite un análisis anónimo de las faltas como prevención y señala el valor de las posibles multas. Cabe resaltar que la multa más alta (por infracción gravísima) es de 60 Unidades Tributarias Mensual equivalentes a un monto proporcional a S/.13,205.40.

(33) En: <http://www.dt.gob.cl/tramites/1617/w3-propertyvalue-27840.html>.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cambios importantes en temas de inspección laboral, nos demuestran que es más importante crear mecanismos de prevención antes de llegar a la sanción. Son programas como los siguientes: la de "Un inspector: una empresa" (Bulgaria y Vietnam) donde el gobierno brinda un asesoramiento profesional más allá de temas laborales; el programa "Informe anual" y de "checklist" (Francia y Dinamarca) que crean una herramienta para identificar los principales problemas y riesgos en el centro de trabajo a través de simples cuestionarios de "si" o "no"; los concursos del empleador del año (Ucrania); el programa de capacitaciones del Reino Unido, incentivando la participación de las pymes y trabajadores autónomos con el beneficio de no ser inspeccionados laboralmente en los dos años siguientes; el programa "PreVea" de España, que busca conseguir el compromiso voluntario de las empresas para la reducción de accidentes tomando medidas preventivas, el seguimiento de un plan de trabajo y consecución de objetivos a cambio de la exclusión de sanciones laborales.

En esta última década, la visión empresarial ha variado y comprende la importancia de las condiciones laborales y la responsabilidad social. Las empresas han cambiado y buscan cooperación con el Estado para buscar una mayor asesoría técnica y promoción, con el fin de ser más competitivo nacional e internacionalmente. Las empresas no buscan desacatar las normas, a veces es mejor llegar a realizar programas de mayor ayuda con nuevos y activos planes de educación como los señalados anteriormente y que son vigentes a nivel mundial.

En el caso peruano, se ha venido dando algunas campañas de promoción y educación a través de seminarios (presenciales como virtuales), la propia norma que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) declara a este mismo como responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias. En ese sentido, esperamos con mucha esperanza a ver el desarrollo que tomará la Sunafil en los programas de prevención y educación.

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- VEGA RUIZ, María Luz. "La inspección de trabajo en Europa: Retos y logros en algunos países seleccionados aún en tiempo de crisis". En:

Documento de Trabajo. Nº 3. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Octubre. 2009.

- <http://www.ibe.unesco.org/publications/ThinkersPdf/owens.pdf>.
- <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5232/ggg1de1.pdf?sequence=1>.
- <http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2050/%5B2%5D%20Escobar%20Herrreo%20F%20B.pdf?sequence=6>.
- <http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/century/>.
- OIT. "¿Cómo funciona la inspección del trabajo? Guía para empleadores". Ginebra, 2011.
- Informe III (Parte 1B) de la Conferencia Internacional del Trabajo 95ª reunión del año 2006, un estudio general relativo al Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la Inspección del Trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133) – Ginebra, Suiza. 2006.
- <http://english.molisa.gov.vn/>.
- <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=c3e7ee1b8e912310VgnVCM1000008130110a>.
- OIT. "Inspección del trabajo: Lo que es y lo que hace. Guía para los empleadores". Ginebra.
- <http://engelsk.arbejdstilsynet.dk/>.
- <http://uk.bm.dk/>.
- Senior Labour Inspectors Committee 2008. "REPORT on the Evaluation of the Danish Working environment Authority" 2009.

- <http://www.ilo.org/labadmin/info/WCMS_156045/lang--en/index.htm>.
- <http://www.solidarnosc.org.pl/en/>.
- <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=c3e7ee1b8e912310VgnVCM1000008130110a>.
- Plan Prevea: Documento aprobado por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, celebrado el día 15 de octubre de 2008. En: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/PREVEA.pdf>.
- <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.d22be8b09ba968aec843d152060961ca/?vgnextoid=62f5a126a4a85110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&nodoSel=c3e7ee1b8e912310VgnVCM1000008130110a>.
- <http://www.dt.gob.cl/tramites/1617/w3-propertyvalue-27840.html>.

CRITERIOS APLICABLES EN FISCALIZACIÓN EN TEMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

MIRELLA BERNAL SUÁREZ[1]

De acuerdo a la información dada por la Oficina de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el primer trimestre del presente año, se han llevado acabo 25 175 actuaciones inspectivas, el monto de las multas impuestas ascienden a S/. 2 395, 277.00 y se han publicado 24 Resoluciones Directorales sobre temas de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Materia que nos ocupará en esta oportunidad, y que representa una de las excepciones reguladas como privilegios de la prevención, según lo establecido en la Ley Nº 30222, cuando señala que no se impondrá una multa mayor al 35 % de la que resulte de evaluar el caso concreto, siempre y cuando las infracciones que afecten las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, no hayan ocasionado muerte o invalidez permanente al trabajador.

Antes de proceder a compartir con ustedes, los diversos criterios adoptados en la fiscalización de temas relacionados a la seguridad y salud en el trabajo, queremos reflexionar sobre la importancia de implementar un Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo basado en principios, que involucre a todos los miembros de una empresa y que no solo tenga la finalidad de cumplir con la matriz legal, sino que además busque un trabajo seguro para todos.

(1) Abogada por la Universidad de Piura.

Así pues, compartimos la idea de C. Ray Asfahl[2], cuando señala que todo mundo desea un lugar de trabajo seguro y saludable, pero lo que cada persona está dispuesta hacer para lograr este último objetivo puede variar mucho. La consecuencia es que cada gerencia de cada firma debe decidir a qué nivel, a lo largo de un amplio espectro, debe dirigir el esfuerzo de la seguridad y salud. Algunos administradores niegan esta responsabilidad e intentan dejar la decisión a los empleadores.

Continúa señalando que, por lo general, sin un compromiso de parte de la gerencia, el trabajador no puede incorporar la seguridad a su estación de trabajo por sí solo. El comportamiento del trabajador es el determinante más importante de su seguridad, pero dicho comportamiento por sí solo no puede hacer que un trabajo peligroso sea seguro.

Dicho compromiso de la gerencia y/o del empleador lo encontramos en nuestro ordenamiento peruano, en la Política de Seguridad y Salud en el Trabajo, regulada en el artículo 22 de la Ley Nº 29783 y estrechamente vinculada con el Principio de Prevención, que implica que el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios, las condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

Teniendo en cuenta la responsabilidad no solo administrativa y/o civil, sino y sobre todo la responsabilidad penal[3], que implica el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, reforzamos la importancia de

(2) *Seguridad industrial y administración de la salud* / C. Ray; ASFAHL, David W.; RIESKE. Traducción Jaime Espinosa Limón, México D.F., Pearson Educatión/Prentice Hall, 2010.

(3) "CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIO DE LA LEY Nº 29783. Modifícase el artículo 168-A del Código Penal, con el texto siguiente:

Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en estas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.

Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador".

conocer los criterios que se han venido aplicando en las inspecciones, además porque las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo son de carácter insubsanable, y la subsanación posterior no extingue la responsabilidad de la inspeccionada.

A continuación el desarrollo de los criterios aplicados.

I. REGLAMENTO INTERNO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Esta obligación está regulada en el artículo 34 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que indica que todas las empresas con veinte o más trabajadores deben elaborar su RISST.

Asimismo, la norma señala que es responsabilidad del empleador, entregar a cada trabajador copia del RISST (por medio físico y/o digital). Ahora bien, teniendo en cuenta que el reglamento de la ley define "trabajador" como toda persona que desempeña una actividad laboral subordinada y autónoma, para un empleador privado o para el Estado, entonces también se le deberá entregar copia del mencionado reglamento, a todos los trabajadores en régimen de intermediación y tercerización, a las personas en modalidad formativa y a todo aquel cuyos servicios subordinados o autónomos se presten de manera permanente o esporádica en las instalaciones del empleador.

Nuestra legislación también señala que el RISST debe establecer los registros obligatorios a cargo del empleador y que al tratarse de un documento del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador deberá exhibirlo y debe estar debidamente aprobado por el CSST, de acuerdo al artículo 42 del Reglamento de la Ley Nº 29783.

La estructura mínima con la que deberá contar el RISST, serán: a) objetivos y alcances; b) liderazgo, compromisos y la política de seguridad y salud; c) atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del comité de seguridad y salud, de los trabajadores y de los empleadores que les brindan servicios si las hubiera; d) estándares de seguridad y salud en las operaciones, e) Estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas y f) Preparación y respuesta a emergencias. La estructura antes mencionada también la encontramos en la Resolución Ministerial Nº 050-2013, en cuyo Anexo 2, describe un modelo que deberá ser tomado como referencia, además señala que el mismo deberá ser evaluado periódicamente por el CSST.

Con relación a las obligaciones de los trabajadores, la norma indica que en el RISST deberán establecerse las sanciones por el incumplimiento de los trabajadores, a continuación algunas de dichas obligaciones, cuya enumeración no es taxativa: a) Cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo, b) Usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección personal y colectiva, siempre y cuando hayan sido previamente informados y capacitados sobre su uso, c) Cooperar y participar en el proceso de investigación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades ocupacionales cuando la autoridad competente lo requiera o cuando, a su parecer, los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron, y d) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa, siempre y cuando se garantice la confidencialidad del acto médico.

> "No contar con el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo según ley, que contenga los estándares de seguridad y salud de los trabajadores dele pasador del área de tejeduría, además de los pesos que pueden manipular en el trabajo" Resolución Directoral Nº 165-2013-MTPE/1/20.4, es considerada como falta ya que no cumple con regular estándares de las actividades principales y conexas.

> "(...) no contar con el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, que cuente con los estándares de seguridad y salud en el trabajo en las operaciones y en sus servicios y actividades conexas (...)", implicó que la empresa inspeccionada sea multada con S/. 32,521.50, tal como puede verse en la Resolución Directoral Nº 472-2013-MTPE/1/20.4.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 42 del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo; el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como una de sus funciones el Aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, RISST), dicha función también ha sido fiscalizada y su no cumplimiento implicó una multa a la empresa inspeccionada; ya que mediante la Resolución Directoral Nº 499-2013-MTPE/1/20.4, la autoridad administrativa señaló que al no encontrarse la segunda hoja (en la que se aprobó el RISST) debidamente suscrita por los miembros, no genera certeza respecto a los acuerdos tomados.

De la lectura de la última resolución directoral comentada, sugerimos tener especial cuidado con las actas del comité que aprueban los principales documentos

de gestión, siendo meticulosos en exceso, al solicitarles a todos los miembros que firmen todas las hojas del acta correspondiente.

II. NO CONTAR CON COMITÉ O SUPERVISOR DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (CSST)

La etapa previa, al funcionamiento del CSST, es su elección, la misma que de acuerdo a ley, deberá realizarse de forma directa y secreta; y respetando el procedimiento y los formatos establecido en la Resolución Ministerial Nº 148-2012-TR de fecha 7 de junio de 2012.

La **Resolución Directoral Nº 187-2013-MTPE/1/20.4,** se sanciona a una empresa, porque su comité estaba conformado por 13 miembros, es decir, se hace énfasis en que el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo debe ser paritario.

Con relación al presente tema, sugerimos la elección de los representantes suplentes, así como de los titulares, ya que en un expediente[4], se sancionó a una empresa por no haberse asegurado de establecer un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo conforme a ley, al no haber designado los miembros suplentes como parte empleadora y que había condicionado la designación de los miembros suplentes del comité, copulativamente, a la necesidad del funcionamiento del mismo y siempre que algún miembro titular no pueda asistir a las reuniones, es decir, que había constituido un comité que no contaba con miembros suplentes designados.

Incumplimiento que habría vulnerado lo establecido en el artículo 48[5] del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, que establece imperativamente que el empleador tienen la obligación de designar ante el comité tanto a sus representantes titulares como a los suplentes.

A mayor abundamiento, en dicho expediente, también se estipulaba que en el Acta de Instalación y juramentación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa, no contenía el detalle de los miembros suplentes, es decir, no habían sido designados conforme a ley.

(4) Exp. Nº 1990-2012-MTPE/1/20.4

(5) Artículo 48.- El empleador conforme lo establezca su estructura organizacional y jerárquica designa a sus representantes, titulares y suplentes ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, entre el personal de dirección y confianza.

Otro criterio[6], señala la necesidad que los representantes por parte del empleador tengan la calidad de personal de confianza o de dirección, debiendo ser acreditado con el documento que precise dicha calificación, así pues, se deberá contar con la carta de designación correspondiente.

III. NO FORMAR E INFORMAR SOBRE LOS RIESGOS DE SU PUESTO DE TRABAJO Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS APLICABLES

> "(…) la entrega de algunos documentos (Reglamento Interno de Seguridad Industrial – Flota, Cartilla Inicial de Instrucción para Tripulante, etc.), los mismos (winchero)no están relacionados específicamente a los riesgos de su puesto de trabajo y las medidas preventivas aplicables" Resolución Directoral Nº 133-2013-MTPE/1/20.4.

IV. NO HABER OTORGADO FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN OPORTUNA Y ADECUADA A LAS LABORES DESEMPEÑADAS POR EL PERSONAL

> "No acreditar haber proporcionado capacitación adecuada y oportuna sobre los riesgos existentes (pesos a manipular) en el puesto de trabajo específico (pasador)". **Resolución Directoral Nº 165-2013-MTPE/1/20.4.**

Mediante la **Resolución Directoral Nº 152-2013-MTPE/1/20.4,** la empresa sancionada señala que sí ha cumplido con formar e informar a los trabajadores sobre los riesgos de sus puestos de trabajo, para acreditar lo señalado presenta constancias de instrucción adjuntas; sin embargo, la autoridad administrativa indicó que dichas constancias no estaban referidas a los riesgos del puesto de trabajo y además dichas constancias no pertenecían al extrabajador.

Es importante hacer hincapié, que la capacitación debe ser anticipada, adecuada y efectiva; con relación a dichos requisitos, encontramos que en una oportunidad, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, determinó que si bien, la inspeccionada adjuntaba los documentos denominado certificación de asistencia

(6) Resolución Directoral Nº 235-2013-MTPE/1/20.4

al curso de sensibilización sobre las medidas básicas de seguridad que incluía terminología básica, tipos de riesgos, trabajados de altura, levantamiento de carga, ergonomía y usos de equipos de protección personal, sin embargo, no advertía que la trabajadora había recibido la capacitación adecuada y preventiva respecto a los riesgos a los que se encontraba expuesta de acuerdo al tipo de trabajo que desarrollaba.

Mediante las capacitaciones se busca garantizar la participación de todos los trabajadores en el Sistema de Gestión y es un indicador de los logros que consiga la implementación del mismo, por ello los trabajadores no solo deben participar en las capacitaciones, además deben revisar los programas cuando exista un Supervisor y en caso exista un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, serán sus representantes los que revisen dichos programas.

A mayor abundamiento, encontramos el artículo 49 de la ley, que señala como obligación del empleador garantizar oportuna y apropiadamente la capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, al momento de la contratación, durante el desempeño de la labor y cuando se produzcan cambios en la función, puesto de trabajo o tecnología. De manera adicional, regula expresamente que si el empleador diseña, fabrica, importa, suministra o cede máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo; deberá capacitar a sus trabajadores sobre la instalación adecuada, utilización y mantenimiento preventivo de las máquinas y equipos; así como el uso apropiado de los materiales peligrosos a fin de prevenir los peligros inherentes a los mismos.

Pero no solo es obligación del empleador, los trabajadores también están obligados a participar en las capacitaciones, además si el trabajador no acude a las mismas sin justificación alguna, podrá ser sancionado incluso con el despido.

Ahora bien, las características que deben cumplir las capacitaciones son: se realizan dentro de la jornada de trabajo y, por lo tanto, dicho tiempo debe ser remunerado. Ahora bien, si dichas capacitaciones se realizan fuera del lugar de trabajo o en una localidad o región distinta a aquella, el empleador debe cubrir los gastos de alimentación y alojamiento. La norma también señala que deben ser impartidas por el empleador o través de terceros y en ningún caso su costo debe ser asumido por el trabajador. Las mismas deben ser extensivas a todos los trabajadores, atendiendo de manera específica a los riesgos existentes en el trabajo, y cuando se requiera, deben ser impartidas por profesionales competentes y con experiencia en la materia.

Con la finalidad de garantizar la idoneidad y eficiencia de las capacitaciones, también la ley exige que se realice una evaluación después de las mismas, de

esa manera se verifica que los trabajadores hayan adquirido los conocimientos y medidas de control relacionados a su puesto de trabajo.

V. REGISTRO DE INDUCCIÓN

> "No cuenta con el registro de inducción y capacitación conforme a la normativa vigente, que incluya las evaluaciones de las charlas y talleres brindados como mecanismo de comprobación de que el ex trabajador accidentado Luis Alberto Condori Huamán comprendió el contenido de los mismos". **Resolución Directoral Nº 165-2013-MTPE/1/20.4.**

Estamos ante una inducción que es obligación del empleador y que se encuentra descrita en el artículo 49 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual señala que: "El empleador, entre otras, tiene la obligación de… g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica", tal como señala a continuación: al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración; durante el desempeño de la labor y cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

De lo antes descrito, podemos concluir que al momento de la contratación se deberá realizar una inducción sobre temas de seguridad y salud al nuevo trabajador, siendo el contenido de dicha inducción la capacitación adecuada y oportuna en relación con los riesgos en el centro de trabajo, como en el puesto de trabajo.

Para realizar con éxito dicha inducción y además realizarla de acuerdo a ley, la persona encargada que podrá ser, dependiendo de la actividad y número de trabajadores, el Jefe de Seguridad o el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, deberá previamente, haber evaluado los puestos de trabajo y señalado las recomendaciones por cada puesto. Dichas recomendaciones, además, de acuerdo al artículo 35 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, deben estar descritas en un anexo adjunto al contrato de trabajo y cuando el contrato sea celebrado de manera verbal, deberán entregarse en forma física o digital, a más tardar, el primer día de labores.

Cabe anotar que no realizar la inducción sobre temas de seguridad y salud en el trabajo, es considerada como una infracción grave, de acuerdo a la Ley

Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, por no cumplir con las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables.

VI. NO CONTAR CON UN REGISTRO DE ACCIDENTES

En el Expediente Nº 925-2012, se indica expresamente que un resumen de hechos del Accidente no es un Registro, ya que solo contenía un resumen de hechos, conclusiones y medidas a aplicar, más no una investigación que permita detectar las medidas correctivas y las causas inmediatas y básicas.

Por ello, consideramos pertinente, recordarles que los requisitos mínimos con los cuales deben contener los registros que indica la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

VII. NO INVESTIGAR LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

Todos los accidentes que se produzcan durante la actividad laboral, deben investigarse para identificar las causas de su origen y establecer acciones correctivas para evitar su recurrencia, circunstancia que no llegó a cumplir la inspeccionada.

Mediante una Resolución Directoral emitida en julio del año pasado, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sancionó a una empresa del sector eléctrico porque su Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo no cumplió con investigar las causas de un accidente de acuerdo a ley, ya que no inició las investigaciones inmediatamente después de producido el accidente; es decir, no cumplió con reunirse de manera extraordinaria y de esa manera determinar las causas del accidente y luego emitir las recomendaciones respectivas para evitar que se repita.

Además, en dicha resolución se señala que en el informe remitido por la empresa inspeccionada como el expediente de investigación del mismo, no se observa la fecha de elaboración del referido informe y no se aprecia la fecha en que se realizaron las investigaciones que dieron origen a dicho documento.

Asimismo, al revisar el cumplimiento de las condiciones de seguridad en máquinas y equipos de trabajo, la resolución indica que en el Registro de Accidentes con la investigación y medidas correctivas, presentado por la empresa fiscalizada, se verificó como condición sub estándar: "Interruptor de potencia no obedecía mandos eléctricos y mecánicos de cierre en todos los niveles de operación (…)"; por lo que resolvió que la empresa no cumplió con las condiciones de seguridad exigidas por ley.

Ahora bien, de lo antes descrito, evaluaremos tres temas que consideramos importantes: a) la finalidad de las reuniones extraordinarias del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo; b) la investigación de los accidentes; y c) la importancia de capacitar a los miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Respecto al primer punto, encontramos el artículo 42 del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, que regula como función del Comité, reunirse mensualmente en forma ordinaria para analizar y evaluar el avance de los objetivos establecidos en el programa anual, y en forma extraordinaria para analizar accidentes que revistan gravedad o cuando las circunstancias lo exijan, así encontramos como competencia exclusiva del Comité la de investigar los mismos, ya que incluso es el único que puede constituir comisiones técnicas con dicho fin.

Con relación al segundo punto, en el glosario del Reglamento, se define a la investigación de accidentes como el proceso de identificación de los factores, elementos, circunstancias y puntos críticos que concurren para causar los accidentes e incidentes. La finalidad de la investigación es revelar la red de causalidad y de ese modo permite a la dirección del empleador tomar las acciones correctivas y prevenir la recurrencia de los mismos. Así pues, es el proceso por el cual buscamos recabar, analizar e interpretar diversos datos y hechos que nos permitan indagar las causas - efecto de un accidente. Como metodologías para investigarlos encontramos, los cinco porqués, metodología simple, utilizada y recomendada para casos simples, de pequeña gravedad y se basa en preguntarnos por qué ocurrió dicho accidente, hasta en cinco oportunidades.

También tenemos la metodología de árbol de causas, la cual es de mayor complejidad y se aplica a casos graves o complejos. Cuenta con las siguientes etapas: a) reunir las afirmaciones sobre la no conformidad y listarlas; b) *brainstorming* o lluvia de ideas y c) análisis de la no conformidad.

La causalidad de pérdidas desarrollada por Frank Bird, es otra metodología y es la más recomendable porque contiene los puntos clave necesarios, que nos permiten comprender y recodar los hechos críticos para el control de la gran

mayoría de los accidentes de trabajo, comprende evaluar: falta de control, causas básicas, causas inmediatas, incidente y pérdidas. Metodología recogida en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y que permitirá llenar los Registros de Accidentes aprobados por la Resolución Ministerial Nº 050-2013-TR.

Es decir, la investigación de accidentes que cumple con los requisitos de acuerdo a ley, será aquella que es realiza por el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de manera oportuna, que utiliza como método de investigación el de causalidad de pérdidas y que tiene como resultado la emisión de recomendaciones para evitar que vuelva a ocurrir.

Debemos recordar la importancia de capacitar a los miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, ya que todo lo consignado será evaluado por la Autoridad Administrativa y le dará las herramientas para decidir si se ha cumplido o no con las exigencias legales.

VIII. NO CONTAR CON EL REGISTRO DEL MONITOREO DE AGENTES FÍSICOS, QUÍMICOS, BIOLÓGICOS, PSICOSOCIALES Y FACTORES DE RIESGOS DISERGONÓMICOS

Encontramos el Expediente Sancionador Nº 1620-2012-MTPE/1/20.44, en el cual se sanciona a una institución pública por no contar con dicho registro, por ello recomendamos verificar la necesidad de realizarlos.

IX. NO HABER OTORGADO EQUIPO DE PROTECCIÓN PERSONAL ADECUADOS PARA EL DESEMPEÑO DE LABORES DEL PERSONAL

En el Exp.Nº 925-2012, respecto a la entrega de guantes de seguridad (EPP), la empresa fiscalizada alega que no se ha considerado los vales de almacén presentados; sin embargo la Dirección de Inspección de Trabajo, señala que sí consideró y valoró los vales, pero llegó a la válida conclusión que los mismos no acreditaban la entrega de guantes de seguridad al trabajador que sufrió el accidente. Asimismo, señaló que el argumento relacionado a los años laborados por el citado trabajador, no apuntan necesariamente que se le haya otorgado guantes.

> "(...) el recurrente no verificó y supervisó que su trabajador tenga puesto el equipo de protección personal, es decir, no se verificó el uso efectivo del arnés de seguridad para la realización de sus labores (limpieza de techo), en efecto lo que se está sancionando en el presente caso es la omisión del empleador de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor (...) en la medida que esta constituye una obligación de ineludible cumplimiento en aplicación del Principio de Prevención (…)". **Resolución Directoral Nº 030-2013-MTPE/1/20.4.**

Esperamos haber contribuido a la asesoría en temas relacionados a Seguridad y Salud en el Trabajo.

LOS VAIVENES DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN LABORAL EN EL PERÚ Y EL ROL DEL INSPECTOR DE TRABAJO

JUAN ANDRÉS DUEÑAS ESCOBAR[1]

I. MARCO CONTEXTUAL

Uno de los temas ejes de este Sexto Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, está relacionado con la Inspección del Trabajo. No es casualidad. Este tema ha cobrado trascendencia en los últimos años debido a la expansión económica del país, lo que ha elevado considerablemente el número de trabajadores asalariados, ha dinamizado las relaciones laborales y ha puesto en mayor práctica nuevas formas de contratación laboral indirecta como la intermediación y la tercerización.

Este contexto, hace por supuesto necesario que el Estado peruano, cumpliendo su rol regulador y fiscalizador del cumplimiento de la normativa sociolaboral, deba poner especial cuidado en fortalecer las capacidades de su Sistema de Fiscalización Laboral, a efectos de garantizar el cumplimiento de la normativa que consagra los derechos socio laborales de los trabajadores, además de la que establece estándares mínimos de seguridad y salud en el trabajo. La implementación

(1) Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (UNSA). Licenciado en Educación por la UCSM. Egresado de la Maestría en Derecho Civil de la UNSA. Diplomado en Derecho Fundamentales en el Trabajo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Inspector auxiliar de Trabajo de la Sunafil. Docente universitario en la Universidad Alas Peruanas.

de un Sistema de Fiscalización Laboral encuentra precisamente en estas necesidades, su sustento dentro de una economía social de mercado como la nuestra.

En efecto se ha establecido en los últimos años, un nuevo sistema de inspección de trabajo, básicamente implementado con la promulgación de la Ley Nº 28806 y su Reglamento D.S. Nº 019-2006-TR. En este nuevo esquema ha resultado de gran importancia el papel asignado al Inspector Laboral, las facultades que la Ley le otorga y su incidencia en el éxito que se espera obtener de la reforma, que dicho sea de paso resulta relativamente antigua pues su vigencia data del 18 de octubre de 2006, es decir, de hace cerca de ocho años.

II. SISTEMA DE INSPECCIÓN LABORAL: ¿PREVENTIVO O SANCIONADOR?

Desde luego, el Sistema de Inspección Laboral como cualquiera otro Sistema de Fiscalización (tributario, ambiental, etc.), debe responder a los lineamientos de política previamente establecidos por el Gobierno. En este orden de ideas, una primera cuestión importante en torno al Sistema de inspección de Trabajo en el Perú, resulta el deslinde sobre su carácter: ¿Es preventivo o sancionador?

La respuesta a esta primera pregunta, no resulta tan fácil de dar, puesto que dentro del propio sistema, de cara a las normas positivas que regulan la inspección del trabajo en el Perú, surgen voces discrepantes, unas empeñadas en entenderlo como claramente preventivo; y otras que lo consideran definitivamente sancionador.

Sin embargo, conviene precisar que dentro del contexto mundial, la mayoría de autores consideran que sistemas inspectivos como el nuestro, por sus características, son en efecto flexibles y preventivos. Es más, no dudan en distinguirlos de los modelos disuasorios. "Por ejemplo, Piore y Schrank (2006 y 2008), describen las diferencias que hay, en cuanto a la ordenación del trabajo, entre el modelo 'latino' y los modelos 'disuasorios'; mientras estos últimos tratan de modificar el comportamiento de las empresas elevando las sanciones por incumplir la ley, el modelo latino (que según estos autores está inspirado en el *l'inspection du travail* de Francia), permite a los inspectores enfrentarse al problema de la observancia de un modo más flexible: Los inspectores ayudan a las empresas a adaptar mejor sus sistemas de trabajo de manera que satisfagan las exigencias de la producción y al mismo tiempo subsanen sus carencias en materia de cumplimiento de la Ley.

Con este planteamiento, la inspección se basa mucho más en la colaboración y se amolda mucho mejor a las circunstancias reales que la del modelo disuasorio"[2].

Quizá esta circunstancia queda resumida en la propias palabras de Piore y Schrank: "La característica más notable del Sistema de los Estados Unidos es que se basa en la oposición. Por el contrario, el modelo latino es pedagógico"[3].

Agregan estos autores: "Los dos modelos parten de interpretaciones distintas del incumplimiento de la Ley. Mientras los funcionarios estadounidenses lo atribuyen a un cálculo racional de maximización del beneficio en las empresas, y esperan conseguir que se respete la Ley a largo plazo castigando las infracciones a corto plazo, sus homólogos latinos suelen tratar estas como si surgieran de la ignorancia, la ineficiencia y la pobreza de los empleadores, y reconocen que las medidas punitivas pueden en realidad agravar el problema, en vez de ponerle coto. No es que se piense en modo alguno que los empleadores son agentes altruistas, sino que, independientemente de sus valores y preferencias personales, suelen estar mal preparados para la actividad empresarial y que por tanto el incumplimiento es resultado tanto de la ignorancia como de la avaricia"[4].

No obstante lo anotado, pareciera que durante su vigencia, el actual Sistema de Inspección de Trabajo, al margen de las posiciones de los operadores del sistema, respecto a su carácter preventivo o sancionador, ha seguido un movimiento pendular, en particular en los últimos años.

1. El Decreto Legislativo Nº 910: Sancionador

Como antecedente, el D. Leg. Nº 910 nos traía la perspectiva de un procedimiento inspectivo eminentemente sancionador, en tanto en su artículo 16 establecía que para todos los casos: "Si en los procedimientos inspectivos se detectara infracciones a la normatividad laboral vigente, el empleador **será sancionado** con una multa establecida en el reglamento de la presente Ley" (el resaltado es nuestro), verificándose en la conjugación del verbo principal que existía un mandato imperativo de sancionar; si bien por otro lado, en su artículo 8 permitía que "El Inspector del Trabajo, que cuente con acreditación de conciliador,

(2) WEIL, David. "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 127, Nº 4, Ginebra, 2008, pp. 394-395.

(3) PIORE, Michael y SCHRANK, Andrew. "Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino". En: *Revista Internacional del Trabajo.* Vol. 127, Nº 1, Ginebra, 2008, p. 4.

(4) Ibídem, p. 5.

puede conciliar en el caso de las inspecciones especiales y solo a solicitud expresa del trabajador y del empleador. De llegarse a un acuerdo, el acta es refrendada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, en cuyo caso dicha acta constituirá título ejecutivo"[5].

2. La Ley Nº 28806: Preventiva

En tanto, la Ley Nº 28806 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2006, vigente desde el 18 de octubre del mismo año, para la gran mayoría de los conocedores del tema, traía una perspectiva más preventiva, desde que al regular las medidas inspectivas en su artículo 14 encontramos: "Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. En particular y en materia de prevención de riesgos laborales, requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la **posible** extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, **pueda** imponerse" (el resaltado es nuestro)[6]. Para nosotros es claro, que la norma busca la subsanación de infracciones que se pudieran detectar sin imposición de multa, pero deja abierta la posibilidad de sanción pecuniaria para casos específicos de acuerdo a las circunstancias agravantes, seguramente relacionadas con la conducta del empleador inspeccionado infractor.

No obstante, debe señalarse que una pequeña parte de los operadores del sistema, consideraban que al prever la norma "Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre **sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción** (…)", ante un incumplimiento detectado dentro de un procedimiento inspectivo, siempre se debía proponer sanción. Luego de un análisis sistemático de la Ley, de sus normas reglamentarias y conexas, así como de los lineamientos de política del sector, nunca hemos compartido esta posición.

3. La Ley Nº 29981 y el D.S. Nº 012-2013-TR: Sancionador atenuado

Sin embargo, atisbos de un cambio de rumbo en la política de fiscalización aparecen con la promulgación el 15 de enero de 2013 de la Ley Nº 29981

(5) D. Leg. Nº 910. Edición del 17 de marzo de 2001, diario oficial *El Peruano*, Separata de Normas Legales.

(6) Ley Nº 28806. Edición del 22 de julio de 2006, diario oficial *El Peruano*, Separata de Normas Legales.

que crea la SNL, misma que en su primera disposición complementaria modificatoria, entre otros, modifica el artículo 39 de la Ley Nº 28806[7], que hasta antes de dicha modificación establecía topes para las multas leves de 5 UITs, para las graves de 10 UIT y para las muy graves de 20 UIT, siendo que en conjunto la propuesta de multa no debía exceder de 30 UIT; y luego de la modificatoria las infracciones detectadas serán sancionadas con una multa máxima 50 UIT en caso de infracciones leves, 100 UIT en caso de infracciones graves, 200 UIT en caso de infracciones muy graves, y una multa máxima por el total de infracciones detectadas que no podrá superar las 300 UIT vigentes en el año en que se constató la falta. Es decir, que sin aumentar en un solo céntimo el monto de las multas, se liberan los topes, ampliándolos hasta en un mil por ciento, lo que da muestra de una clara intención de transitar hacia un proceso inspectivo más "disuasivo" o "sancionador".

Luego, el 7 de diciembre de 2013, se produce el verdadero cambio de rumbo desde un procedimiento preventivo a un procedimiento inspectivo de corte disuasivo o sancionador, pero atenuado, pues en dicha fecha se publica el D.S. Nº 012-2013-TR[8] que sin modificar la Ley de Inspección de Trabajo, deroga, incorpora y modifica varios artículos del Reglamento de la citada Ley, con el evidente ánimo de hacer del procedimiento inspectivo, uno mucho más sancionador que pueda disuadir a los empleadores de incumplir con la normativa socio laboral y en materia de seguridad y salud en el trabajo, recurriendo como medio para lograrlo, al establecimiento de un sistema de multas mucho más altas, además de agravar la tipificación de conductas como el no llevar un registro de control de asistencia y la falta de registro en planillas, la falta de registro de las empresas intermediarias de sus contratos con las empresas usuarias y con sus trabajadores destacados y otra información relacionada con el ejercicio de sus actividades.

Pero en particular, el citado decreto supremo modificó el artículo 17 del D.S. Nº 019-2006-TR en los siguientes términos: "17.2 Cuando al finalizar las actuaciones inspectivas se advirtiera la comisión de infracciones, los inspectores emiten medidas de advertencia, requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas, según corresponda, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización. La autoridad competente podrá ordenar su seguimiento o control, mediante visita de inspección, comparecencia o comprobación de datos,

(7) Ley Nº 29981. Edición del 15 de enero de 2013, diario oficial *El Peruano*, Separata de Normas Legales.

(8) D.S. Nº 012-2013-TR. Edición del 7 de diciembre de 2013, diario oficial *El Peruano*, Separata de Normas Legales.

para la verificación de su cumplimiento. Transcurrido el plazo otorgado para que el sujeto inspeccionado subsane las infracciones, **habiéndose o no subsanado estas, se extiende el acta de infracción correspondiente**. En el acta de infracción se debe dejar constancia del cumplimiento de las medidas de requerimiento y de la aplicación del beneficio a que se hace referencia en numeral 17.3 del artículo 17 del presente Reglamento. El acta de infracción hace las veces del informe al que aluden los dos últimos párrafos del artículo 13 de la Ley, debiendo contener como mínimo la información a que se refiere el artículo 54 del presente Reglamento. 17.3 Cuando el sujeto inspeccionado **subsane las infracciones advertidas, antes de la expedición del acta de infracción**, la propuesta de multa irá acompañada de la indicación de la aplicación de una **reducción del noventa por ciento (90 %) respecto de las infracciones efectivamente subsanadas**. La presentación de descargos presentada contra el acta de infracción o la impugnación de la resolución de multa ocasiona la pérdida del beneficio de reducción del 90 % respecto de las infracciones implicadas en los descargos o la impugnación".

Es decir, que si bien, ahora, nuevamente como cuando estaba vigente el D. Leg. Nº 910 se debía sancionar toda infracción, la subsanación oportuna daba lugar a la reducción de la multa propuesta hasta en un 90 %, lo cual no era tampoco tan alentador para el infraccionado, toda vez que la escala de multas, en especial para las empresas No Mypes se habían incrementado casi en un 1000 % en la mayoría de casos. El propio D.S. establecía aplazaba su entrada en vigencia a partir del primer día del mes de marzo del año 2014.

Así que desde el 1 de marzo de 2014 se tuvo claro que la política del Estado peruano en el sector trabajo, había girado desde un procedimiento inspectivo flexible y preventivo, hacia uno sancionador y disuasivo.

4. La Ley Nº 30222: Preventivo

Sin embargo, el impacto de dicho cambio de rumbo no ha sido el más auspicioso: Las quejas de los sectores empresariales, aunadas a la desesperante y al parecer consistente caída del Producto Bruto Interno, han hecho replantear al Gobierno su Política en el Sector Trabajo, dado que mediante la publicación de la Ley Nº 30222[9], cuyo nomenclatura es "Ley que modifica la Ley Nº 29783, ley de seguridad y salud en el trabajo", diríamos que casi "de contrabando" se ha incluido la siguiente "DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA ÚNICA.

(9) Ley Nº 30222. Edición del 11 de julio de 2013, diario oficial *El Peruano*, Separata de Normas Legales.

Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras.- En el marco de un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo se establece un plazo de tres (3) años, contados desde la entrada en vigencia de la presente Ley, durante el cual el Sistema de Inspección del Trabajo **privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras**. Cuando durante la inspección del trabajo se determine la existencia de una infracción, el inspector de trabajo emite un acto de requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción. **En caso de subsanación, en la etapa correspondiente, se dará por concluido el procedimiento sancionador**; en caso contrario, continuará la actividad inspectiva. Durante el periodo de tres años, referido en el primer párrafo, **la multa que se imponga no será mayor al 35 % de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto** sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad así como las atenuantes y/o agravantes que correspondan según sea el caso. Esta disposición no se aplicará en los siguientes supuestos: a) infracciones muy graves que además afecten muy gravemente: i) la libertad de asociación y libertad sindical y ii) las disposiciones referidas a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; b) infracciones referidas a la contravención de: i) la normativa vigente sobre la protección del trabajo del niño, niña y adolescente, cualquiera sea su forma de contratación, y ii) la normativa vigente sobre prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; c) infracciones que afecten las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, siempre que hayan ocasionado muerte o invalidez permanente al trabajador; d) actos de obstrucción a la labor inspectiva, salvo que el empleador acredite que actuó diligentemente. e) Actos de reincidencia, entendiéndose por tal a la comisión de la misma infracción dentro de un periodo de seis meses desde que quede firme la resolución de sanción a la primera" (el resaltado es nuestro).

Por consiguiente, lo que entendemos es que luego de un corto periodo de cuatro meses y once días de haberse implementado un procedimiento sancionador o disuasivo atenuado, se ha vuelto al modelo del procedimiento flexible o preventivo corrector, aunque dejándose constancia de que solamente es por espacio de un "periodo de gracia" de tres años, luego del cual se espera retomar una política sectorial más agresiva. Como todos sabemos, el cambio de gobierno debe ocurrir en el año 2016, es decir, antes de que se venza el periodo de gracia de tres años, de manera que la orientación técnica del sistema inspectivo en el Perú, estará siempre supeditada a los vaivenes de la política y por supuesto también a la evolución de los indicadores económicos del país.

A esta suma de idas y venidas, que considero inapropiadas, es a lo que me he referido cuando hablo del movimiento pendular de las políticas en torno al Sistema de Inspección de Trabajo en el Perú. Creo que se hace necesario fijar una política sectorial a mediano y largo plazo, y luego establecer lineamientos que puedan trascender a los cambios de Gobierno, con criterio eminentemente técnico, porque ir de un lado a otro, equivale a no ir a ningún sitio.

III. EL ROL DEL INSPECTOR DE TRABAJO: ¿UNA PERCEPCIÓN SADOMASOQUISTA DEL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO?

Eso sí, dentro de un esquema sea preventivo o sea sancionador, no cabe duda de que el inspector de trabajo, en su papel de operador del sistema, viene a ser una pieza clave en el éxito o fracaso del Sistema Inspectivo. Fortalecer sus capacidades técnicas y el conjunto de las llamadas habilidades blandas[(10)], son de trascendental importancia de cara a un Sistema de Inspección de Trabajo más eficiente y exitoso.

Me quiero detener en esto de las habilidades blandas, que creo –a diferencia de otras cualidades profesionales del inspector– no ha sido suficientemente ponderado. La razón de que aborde este tema radica en que el aspecto de la inteligencia emocional tiene que ver con la perspectiva misma que tiene el inspector de trabajo y en general el ciudadano común y corriente con respecto de la existencia y la finalidad de las reglas y normas. Sea esta una norma jurídica laboral o de cualquiera otra índole. Sea una norma de carácter procedimental o una de carácter sustantivo. El siguiente ejemplo creo que es suficientemente ilustrativo: el jefe de seguridad de un hospital, dada la incidencia de robos a pacientes, familiares y personal del servicio de Emergencia, así como a la presencia de indigentes que ingresan a las salas de espera de este servicio con la única

(10) Las habilidades blandas son aquellos atributos o características de una persona que le permiten interactuar con otras personas de manera efectiva, lo que generalmente se enfoca al trabajo, a ciertos aspectos de este, o incluso a la vida diaria. No son solo un ingrediente en particular, sino que son el resultado de una combinación de habilidades sociales, de comunicación, de forma de ser, de acercamiento a los demás y otros factores que hacen a una persona dada a relacionarse y comunicarse de manera efectiva con otros. Por lo anterior es que las habilidades blandas tienen relación con lo que se conoce como inteligencia emocional; la relación y comunicación efectiva se ve afectada principalmente por la capacidad de conocer y manejar las emociones, tanto en nosotros mismos como en los demás. También se puede utilizar el término de "competencias interpersonales" para agrupar a estas habilidades en una persona. Tomado del web site: <http://tuspreguntas.misrespuestas.com/preg.php?idPregunta=13060>. Fecha: sábado 30 de agosto de 2014 a horas 15:04.

finalidad de pernoctar, ha dado instrucciones precisas al personal de vigilancia de puerta, para que no permita el ingreso de ninguna persona que no se identifique previamente con su documento nacional de identidad. El personal de vigilancia del Servicio de Emergencia viene cumpliendo estrictamente las órdenes del Jefe de Seguridad, cuando un día durante la tarde, se detiene un taxi y baja una mujer con un voluminoso vientre que pone en evidencia un embarazo a término y entre gimoteos, pretende ingresar al servicio de Emergencia, recibiendo del vigilante de puerta, por supuesto, la solicitud firme de que se sirva previamente presentar su documento nacional de identidad. La mujer desesperada busca entre sus pertenencias y no lo encuentra, desesperada suplica al vigilante poder ingresar, pues está a punto de dar a luz y con el dolor y el nerviosismo ha olvidado su DNI. La respuesta del vigilante, es contundente: "Retorne a su casa, saque su DNI y regrese con él para poder ingresar a atenderse en este servicio de Emergencia, pues yo no tengo la culpa de que sea Ud. una persona descuidada y olvidadiza. Si la dejo ingresar, le haré un daño pues reforzaré su forma de ser descuidada e irresponsable, en el fondo le estoy haciendo un bien al no dejarla ingresar, le estoy enseñando que las reglas deben cumplirse estrictamente, no hay excepciones, si la dejo ingresar a Ud. sin DNI, todo el mundo querrá hacerlo luego de la misma forma y se generará un desorden absoluto". Mientras el cumplidor vigilante de emergencia pronuncia estas palabras, a la mujer se le rompe la fuente y una masa de moco sanguinolento cae de entre sus piernas mientras se desvanece en plena calle. La pregunta es: ¿debemos felicitar o censurar la actitud de este vigilante de puerta?

En mi modesta opinión habría que censurar categóricamente la actitud de este vigilante de puerta del servicio de Emergencia. Es de aquellas personas que tiene una visión recortada de la utilidad y finalidad de las normas reglamentarias y, por ende, del sistema normativo. Es de aquellas personas que piensa que el más eficiente es el que cumple las normas a pie juntillas, en una actitud robótica, como si fueran las reglas de un juego de ajedrez o Monopolio que hay que cumplir por cumplir, Es de aquellas personas que no admiten excepciones y no han desarrollado el sentido de la razonabilidad para discriminar entre las circunstancias que ameritan excepción y las que no lo ameritan. Es de aquellas personas que nunca se detuvieron a leer el artículo primero de nuestra Constitución Política, según el cual el fin supremo de la sociedad y del Estado es la **persona humana**.

En esta línea de pensamiento, queda claro que las normas legales y reglamentarias - lo que incluye las normas que regulan el Sistema de Inspección de Trabajo - no son una finalidad en sí mismas; solamente son instrumentos y medios que buscan facilitar un complejo sistema diseñado para mejor organizar las relaciones dinámicas en la producción de bienes o servicios, cuyo objetivo final es una adecuada convivencia de las personas en la sociedad, es decir, la persona humana. De manera que más útil que el cumplimiento de las normas a pie juntillas sin una visión trascendente de su utilidad social, resulta entender que deben cumplirse porque su cumplimiento permite facilitar que el Estado y la Sociedad sirvan mejor a la realización de la persona humana, su fin supremo; y en esa perspectiva, nuestro sistema normativo no puede entenderse rígido e inflexible sino todo lo contrario, razonablemente adecuable a cada circunstancia en particular y muchas veces –pero desde luego no siempre– flexible en la medida y solamente en la medida en que su flexibilización facilite la adecuada convivencia de las personas en sociedad.

Sorprendería, sin embargo, la cantidad de jueces, fiscales, fiscalizadores y funcionarios públicos que parecen inscribirse en una visión que he denominado "recortada de la utilidad y finalidad de las normas reglamentarias y por ende del sistema normativo". A veces, da la impresión de que los operadores de los sistemas regulativos, administrativos y jurisdiccionales "disfrutan" sometiendo a los administrados, usuarios o justiciables al rigor estricto de las normas y a las vicisitudes que su cumplimiento estricto implica.

Entonces, de cara al eficaz funcionamiento del Sistema Inspectivo en el Perú, creo yo que es importante fortalecer en el cuerpo de inspectores de trabajo, una visión coherente de su normativa, de su razón de ser como fiscalizadores, y de la finalidad trascendente del sistema y esto último lo relaciono con esas mencionadas habilidades blandas. No podemos compartir una perspectiva reglamentarista rígida e inflexible del sistema y menos aún una percepción sadomasoquista de la función inspectiva, en la que el inspector busque siempre la manera de proponer sanciones de multa, en la idea de que cumple mejor su cometido, mientras más multas propone. La sociedad es una sola y el Sistema de Inspección Laboral no puede entenderse sin contextualizarse con toda la realidad socioeconómica, de modo que si un conflicto de intereses individual o colectivo puede resolverse en alguna medida, mediante el accionar de la inspección de trabajo, este resulta socioeconómicamente eficiente, sin perder desde luego su sentido fiscalizador y promotor de una cultura de cumplimiento de las normas sociolaborales, así como de

seguridad y salud en el trabajo. Veamos otro ejemplo: El numeral 23.2 del artículo 23 del D.S. Nº 019-2006-TR, Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo establece que es una infracción leve "No entregar al trabajador, en los plazos y con los requisitos previstos, copia del contrato de trabajo, boletas de pago de remuneraciones, hojas de liquidación de compensación por tiempo de servicios, participación en las utilidades u otros beneficios sociales, o cualquier otro documento que deba ser puesto a su disposición"(11). Imaginemos a una empresa que tenga 2000 trabajadores de los cuales cuatro que están haciendo uso de descansos médicos, no han recibido sus boletas de pago de remuneraciones del último mes. Se ha producido el supuesto de infracción por omisión de entrega de boletas de pago de remuneraciones a los cuatro trabajadores que estaban haciendo uso de su descanso médico. Yo no creo que el espíritu de la norma sea sancionar a una empresa con 2000 trabajadores si cuatro no recibieron y firmaron su boleta de pago de remuneraciones, debido a que estaban haciendo uso de descansos médicos. En este caso, creo que cabe perfectamente la subsanación dentro de plazo perentorio, sin lugar a sanción. Si creo que el espíritu de la norma es sancionar la conducta sistemática de una empresa de no entregar boletas de pago de remuneraciones a los trabajadores, con la finalidad de recortar la información a que estos tienen derecho y debe registrarse en dicho documento, posiblemente para ocultar otros incumplimientos más graves. En encontrar la diferencia entre ambas situaciones, justamente es en donde debe aparecer el criterio de razonabilidad del inspector de trabajo.

La misma lectura de la de Disposición Complementaria Transitoria Única de la Ley Nº 30222 y la misma percepción de la importancia del criterio de razonabilidad que debe primar entre los inspectores de trabajo al momento de ejercer sus funciones, la tiene el laboralista César Alfredo Puntriano Rosas, quien sostiene que: "Si el empleador es requerido en una fiscalización, pero subsana la infracción, se dará por concluido el procedimiento sin la imposición de multas; es decir, se realiza una reducción de la multa en 100 %. Cabe aclarar que la aplicación de la sanción dependerá del criterio discrecional del inspector, pues si este mantiene una lógica sancionadora, el beneficio no tendría efecto positivo y sería letra muerta"(12).

(11) D.S. Nº 019-2006-TR. Edición del 29 de octubre de 2006, diario oficial *El Peruano*. Separata de Normas Legales.

(12) Miguel Alonso Juape Pinto. Nota periodística en la edición del diario *Gestión* del martes 22 de julio de 2014, año 24, número 6789, p. 15.

IV. CONCLUSIÓN

Para finalizar, es necesario entender que los problemas del Sistema de Inspección Laboral en el Perú, son varios y diversos, pero jamás deben descontextualizarse de la propia realidad socioeconómica a la que está dirigida, esto es, las complejas relaciones entre trabajadores y empleadores en el dinamismo de la producción de bienes y servicios que finalmente sirven para satisfacer necesidades de las personas, dentro de nuestra sociedad. Si se asume con madurez esta premisa, parece que no será nunca suficiente para resolver el problema de la informalidad y/o el incumplimiento de las normas sociolaborales así como de seguridad y salud en el trabajo –pero quizá sí en algunos casos necesario–, establecer sanciones económicas muy altas y apelar a un sistema inspectivo rígido e inflexible. Tal vez, la fórmula que mejor se acerque a lograr mejores niveles de formalidad y cumplimiento, esté basada en proponerle con seriedad y criterios técnicamente viables al empresario una ecuación costo/beneficio en la que el resultado le sea más favorable mediante el cumplimiento y la formalidad, que con el incumplimiento y la informalidad.

V. RESUMEN

1. El Sistema de Inspección Laboral en el Perú, en los últimos años, ha venido atravesando un movimiento pendular entre modelos preventivo y sancionador.

2. Este movimiento pendular es inapropiado y se hace necesario fijar una política sectorial a mediano y largo plazo, y luego establecer lineamientos que puedan trascender a los cambios de Gobierno, con criterio eminentemente técnico, porque ir de un lado a otro, equivale a no ir a ningún sitio.

3. El rol del inspector de trabajo, es de vital importancia y se hace necesario fortalecer, entre otras habilidades y destrezas, sus habilidades blandas relacionadas con una visión coherente de la finalidad trascendente del sistema, abandonando una perspectiva reglamentarista, rígida e inflexible, y poniendo en juego la razonabilidad para lograr resultados eficaces en el contexto socioeconómico.

4. No será nunca suficiente para resolver el problema de la informalidad y/o el incumplimiento de las normas sociolaborales, así como de seguridad y

salud en el trabajo –pero quizá sí en algunos casos necesario–, establecer sanciones económicas muy altas y apelar a un sistema inspectivo rígido e inflexible.

5. La fórmula que mejor se acerque a lograr mejores niveles de formalidad y cumplimiento, puede estar basada en proponerle con seriedad y criterios técnicamente viables al empresario, una ecuación costo/beneficio en la que el resultado le sea más favorable mediante el cumplimiento y la formalidad, que con el incumplimiento y la informalidad.

FISCALIZACIÓN LABORAL: TRABAJO INFANTIL, TRABAJO ADOLESCENTE Y TRABAJO DOMÉSTICO. ALCANCES Y PROPUESTAS

BEATTY EGÚSQUIZA PALACÍN[1]

I. INTRODUCCIÓN

A partir de este año 2014 la fiscalización laboral tiene nuevos retos dispuestos con la entrada en vigencia de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil), entidad financiera que fue creada e implantada en nuestro país mediante la Ley Nº 29981, Ley de creación de la Sunafil y de modificación de la Ley Nº 28806.

Creemos que la creación de esta nueva entidad permitirá alcanzar avances positivos en la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores y en el cumplimiento de las normas laborales; sin embargo, consideramos que las modificaciones de la mencionada Ley y las establecidas en el Decreto Supremo Nº 012-2013-TR no han sido las más ventajosas respecto a la fiscalización del trabajo de los niños y adolescentes, así también no se ha considerado modificaciones acorde a la situación especial que tiene el empleador de un(a) trabajador(a) del hogar.

Así, entre dichas modificaciones, encontramos que, con la modificación reglamentaria, la multa correspondiente al trabajo infantil prohibido sería de 50, 100

(1) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Cursa actualmente la Maestría en Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro asociada del Grupo de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Luis Aparicio Valdez" de la UNMSM.

y 200 UIT (para las micro, pequeñas y no mypes, respectivamente); teniendo dicha infracción, además, carácter de insubsanable (art. 48 1.D).

En el caso especial de las trabajadoras del hogar, las multas impuestas calzarían en el supuesto de No Mype, por lo que las multas a imponerse también podrían tener el rango de hasta 200 UIT.

En ese sentido, en la presente investigación pretendemos analizar la fiscalización laboral respecto a estas dos situaciones especiales, que serían la del trabajo infantil y de las trabajadoras del hogar, teniendo en cuenta, para ello, la normativa vigente para ambos casos.

II. REGULACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL, TRABAJO ADOLESCENTE, Y DEL TRABAJO DOMÉSTICO

El trabajo infantil es un tema muy sensible porque es un problema que lo padece 1 de cada 4 niños en nuestro país. Es un problema que puede acarrear consecuencias en la salud e integridad de las niñas, niños y adolescentes, así también puede conllevar a perpetuar la pobreza en las familias(2).

En nuestro país se considera trabajo infantil que debe ser objeto de prevención o erradicación(3) el siguiente:

- El trabajo de niños, niñas y adolescentes que están ocupados en la producción económica y que tienen menos de la edad mínima permitida para trabajar de acuerdo con la legislación nacional y la normativa internacional.

- El trabajo de adolescentes que estén ocupados en la producción económica y que tienen menos de la edad mínima permitida para trabajar, y que realizan actividades peligrosas que ponen en riesgo su salud, seguridad y desarrollo moral.

(2) Para conocer más sobre las consecuencias graves de esta problemática ver SILVA PANEZ, Giselle. *La voz de los niños sobre el trabajo infantil, percepciones y vivencias de esta problemática*. Fundación Telefónica, Lima, 2010.

(3) Estrategia Nacional de Prevención y Erradicación del trabajo Infantil 2012-2021 (en adelante, Enpeti). Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, p. 15. Definición que se toma de las orientaciones que nos brinda las normas internacionales de trabajo dispuestas para esta materia: El Convenio de la OIT núm. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo y el Convenio de la OIT núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

- La explotación infantil y adolescente, también denominada "peores formas de trabajo infantil no designadas como trabajo peligroso" de niños, niñas y adolescentes.

Respecto al primer supuesto la edad establecida en nuestro país es de 14 años (edad mínima genérica), 15 años (edad mínima específica para labores agrícolas), 16 años (edad mínima específica para labores industriales, comerciales y mineras) y 17 años (edad mínima específica para labores de pesca industrial)(4). Actualmente, los 12 años, no se considera como edad mínima excepcional para trabajos ligeros. Esto debido a que se trata de una figura excepcional y a que el interés superior de los niños, niñas y adolescente del país aconseja la adopción de un criterio orientado a la elevación progresiva de las edades mínimas(5).

Con relación al segundo supuesto, para determinar cuáles son las "actividades peligrosas", existe la normativa denominada "Relación de trabajos peligrosos y actividades peligrosas o nocivas para la salud integral y la moral de las y los adolescentes", dispuesta mediante el D.S. Nº 003-2010-MIMDES el año 2010, y que a la fecha lamentablemente no ha sido modificada a pesar de que dentro de sus considerandos dispone que esta relación (en coordinación con el Sector Trabajo y en consulta con los gremios laborales y empresariales) será modificada periódicamente.

Cabe indicar que esta relación es demasiado confusa para determinar por sí sola qué actividades son consideradas peligrosas y qué actividades serán pasibles de una sanción, ya que se podría entender que todas las actividades que realizan los mayores de 14 años son consideradas peligrosas y, por lo tanto, lo mejor para un empleador sería no contratar adolescentes para trabajar. Adicionalmente, esta tiene contradicciones con otras normas del ordenamiento jurídico; por ejemplo, el trabajo doméstico se encuentra dentro de la mencionada lista que prohíbe su labor en sus dispositivos A3(6), A14(7) y B16(8), sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes regula y dispone reglas para el trabajo doméstico(9).

(4) Artículo 51. Código de los Niños y Adolescentes en adelante CNA - Ley Nº 27735.

(5) Estrategia Nacional de Prevención y Erradicación del trabajo Infantil 2012-2021 (en adelante, Enpeti). Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, p. 21.

(6) A3.Trabajos que impliquen el contacto y/o la exposición de las personas a productos (…) Esfera doméstica: uso de ácido muriático, lejía, desinfectantes, plaguicidas, insecticidas y similares.

(7) A14.Trabajos de cuidado y vigilancia de ancianos, enfermos, bebés, niñas, niños o parientes, así como de predios y lugares los cuales requieren protección y cuya integridad esté sujeta al desempeño de un adolescente, poniendo en riesgo su propia seguridad y la de otras personas.

(8) B.16. El trabajo doméstico que se realiza en casa de terceros, familiares o no, los que se realizan por debajo de la edad mínima de admisión al empleo y donde se pernocte bajo la modalidad "cama adentro", que impidan la supervisión o inspección de trabajo.

(9) Artículo 63: Los adolescentes que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñan trabajo familiar no remunerado tienen derecho a un descanso de doce horas diarias continuas. Los empleadores,

En este punto, debemos referir también que se autoriza la labor en minería para los adolescentes mayores de 16 años, según el CNA; sin embargo, conforme lo indica la Ley Nº 27651, modificada mediante la Ley Nº 28992, se prohíbe el trabajo de las personas menores de 18 años en las actividades mineras, así también la "Relación de trabajos peligrosos y actividades peligrosas o nocivas para la salud integral y la moral de las y los adolescentes", lo considera un trabajo peligroso por su naturaleza.

En igual situación se encuentran las actividades de pesca industrial autorizadas según el CNA a partir de los 17 años; sin embargo, según el dispositivo A5[10] del D.S. Nº 003-2010-MIMDES, es considerado un trabajo peligroso por su naturaleza en el que no puede laborar un menor de 18 años.

De lo expuesto, podemos deducir que existen contradicciones en la normativa que regula el trabajo infantil y adolescente.

Con relación al trabajo del hogar, esta actividad se encuentra dispuesta en el artículo 1 de la Ley de las Trabajadoras del Hogar –Ley Nº 27986– que define como trabajadores al servicio del hogar los que efectúan labores de aseo, cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás, propias de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares. Adicionalmente precisa que están excluidas las actividades indicadas o análogas que se presten para empresas o con las cuales el empleador obtenga un lucro o beneficio económico cualquiera.

En esta misma norma se dispone en su primera disposición final y transitoria que el trabajo de los adolescentes al servicio del hogar se rige por las normas pertinentes del CNA; sin embargo, como hemos podido observar en el análisis anterior existe contradicciones entre el CNA y el Decreto Supremo Nº 003-2010-MIMDES, norma que dispone qué actividades no pueden ser realizadas por menores de18 años.

---

patronos, padres o parientes están en la obligación de proporcionarles todas las facilidades para garantizar su asistencia regular a la escuela.

(10) A5. Trabajos en alta mar o bajo el agua referidos a las actividades de explotación y transporte referidas a la pesca industrial y artesanal y la recolección de corales, moluscos y algas, que impliquen la recuperación de pesadas redes y cajones de aire comprimido, inspección de diques, reparación de embarcaciones en alta mar, trabajos sumergidos bajo el agua.

Recientemente mediante Resolución Ministerial Nº 173-2014-TR se ha promulgado la Directiva que establece precisiones sobre las obligaciones laborales establecidas en el Régimen Laboral Especial de las trabajadoras y los trabajadores del hogar, la cual dispone en su disposición general 5.11. que si el inspector de trabajo verifica el incumplimiento de alguna de las condiciones que sustentaron la autorización del trabajador adolescente puede revocar dicha autorización. Esta disposición es contradictoria con el artículo 52 del CNA, ya que según este último, el trabajo doméstico es autorizado por los municipios distritales provinciales y no por el Ministerio de Trabajo, quien solo autoriza el trabajo adolescente dependiente.

III. FISCALIZACIÓN LABORAL EN CIFRAS RESPECTO AL TRABAJO INFANTIL Y TRABAJO DOMÉSTICO

En materia de trabajo infantil entre el año 2009 y 2013 se realizaron fiscalizaciones en materia de trabajo infantil conforme al siguiente cuadro:

AÑO	Nº DE ÓRDENES DE INSPECCIÓN	Nº EMPRESAS INSPECCIONADAS	Nº DE TRABAJADORES COMPRENDIDOS	Nº DE EMPRESAS INFRACCIONADAS	Nº DE TRABAJADORES AFECTADOS	MONTO DE MULTA PROPUESTA (S/.)
2009[a]	464	449	18,533	54	67	97,038.75
2010[b]	139	137	1,278	42	69	162,720.00
2011[c]	1,148	1,135	71,807	58	75	158,851.00
2012[d]	1,446	1,308	66,914	71	98	293,462.50
2013[e]	907	853	24,311	29	40	89,540.00

Fuente: SIIT

Elaboración: MTPE. DRSSI. Los datos registrados corresponden al 15 de octubre de 2013.1

(a) La información registrada corresponde a las regiones de Arequipa, Lambayeque y Lima.

(b) La información registrada corresponde a las regiones de Apurímac, Arequipa, Cusco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Pasco, Piura y Tacna.

(c) La información registrada corresponde a las regiones de Apurímac, Arequipa, Callao, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Pasco, Piura, Puno, Tacna y Tumbes.

(d) La información registrada corresponde a las regiones de Apurímac, Arequipa, Callao, Cusco, Ica, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Puno, Tacna y Tumbes.

(e) La información registrada corresponde a las regiones de Arequipa, Cusco, Ica, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco y Tacna.

ANEXO 4[11]

INSPECCIÓN DEL TRABAJO - TRABAJADORAS DEL HOGAR 2007 - 2011					
INDICADORES	AÑOS				
	2007	2008	2009	2010	2011
Nº de diligencias de orientación TH	0	375	5	0	50
Nº de denuncias presentadas por TH	5	3	8	12	10
Nº de diligencias de inspección para TH	5	3	0	14	11
Nº de empleadores multados	0	0	0	1	4
Nº de agencias de empleo inspeccionadas	206	176	128	269	315
Nº de agencias de empleo multadas	25	10	9	18	19

Fuente: Sistema Informático de Inspección del Trabajo - MTPE

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) en cumplimiento del Plan de Acción para promover el cumplimiento de los derechos laborales de los(as) trabajadores(as) del hogar - 2013, el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 052-2014-TR, con apoyo de la Dirección General de Inspección del Trabajo, realizó inspecciones fiscalizadoras conforme a los siguientes cuadros:

Año	Nº de órdenes de inspección	Nº de empresas inspeccionadas	Nº de trabajadores comprendidos	Nº de empresas infraccionadas	Nº de Trabajadores afectados	Monto de multa propuesta por materia (S/.)
2013(*)	100	100	49	9	7	22,570

(*) Los datos registrados corresponden al 13/12/2013

Adicionalmente, realizaron acciones de orientación a empleadores y trabajadores(as) del hogar a través del Sistema de Inspección del Trabajo

Año	Nº de órdenes de orientación	Nº de hogares orientados	Nº de trabajadores orientados	
			Hombres	Mujeres
2013(*)	99	99	2	10

(*) La información corresponde a las regiones de Arequipa, Cusco, Lambayeque, Moquegua y Piura al 13/12/2013.

De los cuadros expuestos, verificamos que las inspecciones y acciones de orientación en ambas materias son mínimas, situación que afecta el trabajo actual de los niños, niñas y adolescentes, así también para el caso de las trabajadoras del hogar en el cumplimiento de sus derechos.

(11) *Trabajo doméstico remunerado en el Perú. Situación y perspectivas en función del Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT*, 2013, p. 65.

IV. MODIFICACIÓN RECIENTE Y SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MULTAS

Con relación al trabajo infantil, el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR ha considerado desde sus inicios como infracción muy grave a la siguiente:

> "25.7 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los **niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad en relación de dependencia**, incluyendo aquellas actividades que se realicen por debajo de las edades mínimas permitidas para la admisión en el empleo, que afecten su salud o desarrollo físico, mental, emocional, moral, social y su proceso educativo. En especial, aquellos que no cuentan con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajos o actividades considerados como peligrosos y aquellos que deriven en el trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral.
>
> (…)
>
> 28.2 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores trabajadores".

Ahora bien, mediante Decreto Supremo Nº 012-2013-TR estas infracciones son consideradas insubsanables, y menciona que las multas a imponerse, en función de la categoría de la empresa, serán las siguientes:

- 50 UIT para el caso de las microempresas registradas como tales en el Remype, siempre que la inscripción sea anterior a la emisión de la orden de inspección.
- 100 UIT para el caso de las pequeñas empresas registradas como tales en el Remype, siempre que la inscripción sea anterior a la emisión de la orden de inspección.
- 200 UIT en los demás casos.

Nuestro país tiene una alta tasa de informalidad[12], y teniendo en cuenta que "la relación entre la informalidad y trabajo infantil es comprobadamente

(12) Según en INEI en el Perú el 10 %, es decir, 727 mil son formales, mientras que el 90 % pertenecen al sector informal.

estrecha, al punto que la formalización y el desarrollo sostenible son tenidos como condiciones indispensables para lograr eliminar efectivamente el trabajo infantil"[13], muchas de nuestras empresas no se encuentran inscritas en la Remype. ¿Qué sucedería, entonces, si encontramos a un menor de edad laborando en una bodega que tiene como ventas mensuales un promedio de S/. 1500.00? En esta situación, en el mejor de los casos, tendría que asumir una multa equivalente que oscila entre S/.190.000.00 y S/.760.000.00, por lo que se pondría en grave peligro la subsistencia de muchas de las empresas de nuestro país.

Con relación a las trabajadoras del hogar de acuerdo a las últimas modificaciones realizadas al Reglamento de la Ley General de Inspecciones, solo se considera como disminución de la multa los casos en los cuales se encuentre inmersa en una falta una microempresa o una pequeña empresa. El caso de los trabajadores del hogar se enmarcaría en el supuesto de no mype por lo que muchos de los hogares, que en promedio perciben una remuneración de S/.1 185 000.00[14], en nuestro país podrían ser multados con hasta 200 UIT, es decir, por una suma de hasta S/.760 000.00, al incurrir en cualquiera de las faltas mencionadas anteriormente, conforme al siguiente cuadro:

No MYPE										
Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 10	11 a 25	26 a 50	51 a 100	101 a 200	201 a 300	301 a 400	401 a 500	501 a 999	1000 y más
Leves	0.50	1.70	2.45	4.50	6.00	7.20	10.25	14.70	21.00	30.00
Grave	3.00	7.50	10.00	12.50	15.00	20.00	25.00	35.00	40.00	50.00
Muy grave	5.00	10.00	15.00	22.00	27.00	35.00	45.00	60.00	80.00	100.00

En ambos casos, las multas son excesivamente altas ya que no toman la situación especial que tienen tanto el trabajo infantil y la calidad del empleador en el caso de las trabajadoras del hogar; lo cual podría ser considerado, desde una perspectiva constitucional, como una posible lesión al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria.

(13) OIT. "¿Qué hacer para liberar a los niños del trabajo infantil minero?". Guía para la acción institucional. Lima, 2005, p. 59.

(14) Ingreso Laboral Promedio Mensual de la PEA Ocupada. Fuente: Ministerio de Trabajo – Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (Disel). En: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/estadisticas/oferta_laboral/sexo/2013/peru_total_sexo_010_2001-2013.pdf>.

V. PROPUESTAS PARA LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN MATERIA DE TRABAJO INFANTIL, TRABAJO ADOLESCENTE Y DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR

Se define la inspección de trabajo como el "servicio oficial administrativo, encargado de velar por el cabal cumplimiento y proponer la mejora de las leyes y reglamentaciones laborales con la finalidad de prestaciones más seguras, higiénicas, estables, adecuadas a los deberes y derechos recíprocos de las partes y ajustadas al interés público general de la producción y el equilibrio social"(15).

De lo señalado debemos inferir que la labor de la inspección de trabajo es importante para verificar y concientizar a la población en el cumplimiento de las normas laborales ya que así se reconozca gran cantidad de beneficios laborales a los trabajadores, estos no serán otorgados a cabalidad sin un eficiente sistema inspectivo. Es más la propia OIT señala que "la normatividad es ineficaz si no existe inspección. De igual forma opina la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones señala que "una legislación social, por muy avanzada que esta sea, corre el riesgo de convertirse en letra muerta si no existe en el país un sistema de inspección del trabajo encargado de controlar su aplicación"(16).

En relación con la fiscalización laboral y el trabajo infantil los Convenios núms. 81 y 129 de la OIT establecen un vínculo explicito entre ellas, al incluir entre las funciones principales de la inspección velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores menores de edad.

Con respecto al trabajo infantil, como también lo señalamos en el capítulo anterior, las multas son bastante onerosas. Consideramos que el trabajo infantil amerita sanciones drásticas, ya que causa daños al propio niño, siendo las más graves el perjuicio que puede acarrear en la salud e integridad de las niñas, niños y adolescentes; origina un intercambio entre el ingreso futuro (que deriva de la decisión de inversión en la educación de los hijos) por el ingreso presente (logrado con el trabajo infantil)(17); y genera la perpetuación de la pobreza en las familias y, como consecuencia de ello, en nuestro país.

(15) CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, p. 755.

(16) VERDERA, Francisco. *El trabajo infantil en el Perú: Diagnóstico y propuestas para una política nacional*. 1ª ed., IEP/OIT, Perú, 1995, p. 133.

(17) *Estrategia Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, MTPE, Lima, 2012, p. 33.

Por lo expuesto, solo en este caso creemos que no se debe optar por una reducción de la multa dispuesta por las últimas modificaciones en materia de trabajo infantil; asimismo, consideramos que la Inspección del Trabajo también debe cumplir con sus funciones de orientación, información y difusión de las normas legales, conforme lo indica la Ley Nº 28806 artículo 6, inciso b.

Sobre todo porque solo cumpliendo con esta última función, podría aligerar su carga correspondiente a la labor fiscalizadora (sancionadora), puesto que si desde ahora no se educa y enseña sobre la negativa del trabajo infantil es probable que en el futuro se tenga que continuar inspeccionando casos relacionados a esta temática.

En ese sentido, la Sunafil debe cumplir con lo establecido en la Ley Nº 28896 artículo 3 inciso 2.1 "Informar y orientar a empresas y trabajadores a fin de promover el cumplimiento de las normas, de preferencia en el sector de las Micro y Pequeñas Empresas así como en la economía informal o no estructurada".

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que en materia de trabajo infantil y adolescente, el Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones del año 2012 de la OIT, solicitó al Estado peruano: a) que continúe adoptando medidas para adaptar y reforzar la inspección del trabajo a fin de mejorar la capacidad de los inspectores en la identificación de los casos de trabajo infantil en el sector informal con miras a garantizar la protección acordada por el Convenio a las personas menores de 14 años que ejercen una actividad.

En la primera parte del presente artículo pudimos ser partícipes de las deficiencias en la regulación existente en materia de trabajo infantil y adolescente; lo que trae como consecuencia que la fiscalización en estos temas no sea la más eficiente, además de generar incertidumbre en un empleador que desea contratar a un adolescente, porque podría ser multado por multas altísimas que pondrían en riesgo su subsistencia como empresa.

Además de lo expuesto, debemos tener en cuenta que prohibir un trabajo no es cosa que se deba pasar por "agua tibia". Al prohibir una conducta el Estado se atribuye la capacidad para reprimir las acciones que contravengan esta disposición[(18)]. Sin embargo, podemos denotar que en nuestro país se está prohibiendo un trabajo, en este caso el trabajo infantil, pero la normativa actual no está contribuyendo a realizar una adecuada fiscalización y sanción.

(18) DYER CRUZADO, Edward. "Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil". En: *Iust Et Veritas*. Nº 41, 2010, p. 277.

En relación con las trabajadoras del hogar de lo expuesto en el capítulo anterior podemos ver que la multa a imponerse a un empleador que contrata indebidamente a una trabajadora del hogar es bastante alta, por lo que consideramos necesario una modificación respecto a la multa a imponerse en el caso especial del régimen laboral de las trabajadoras del hogar, ya que la afectación en la economía de estos hogares será bastante grave, que incluso puede conllevar a una terminación de la relación laboral con la trabajadora del hogar.

En ese sentido, consideramos como una propuesta para el cumplimiento de las normas y para una mayor concientización de los empleadores, en el otorgamiento de sus beneficios laborales, que se aplique sanciones proporcionales en estos casos, por ejemplo multas equivalentes al 50 % a las aplicables a los otros tipos de empleadores, ya que el trabajo que realizan las y los trabajadoras del hogar para el empleador no es meramente lucrativo.

Por otro lado, considerando la especial situación de este régimen especial en el Perú, en el MTPE se debe crear una "Subdirección Especializada en Trabajadoras del Hogar", como sucede en Argentina, específicamente en la Ciudad de Buenos Aires, donde se cuenta con un Consejo de Trabajo Doméstico. En las distintas provincias se han implementado mecanismos dependientes del Ministerio de Trabajo que cumplen esa función. El procedimiento es absolutamente gratuito, la empleada doméstica es patrocinada por un abogado o puede otorgarle a su patrocinante poder directamente en la sede del Consejo(19).

Cabe precisar que en Argentina dicha área especializada existe hace varias décadas. Es así que "(...) el artículo 21 del decreto reglamentario del Decreto Ley Nº 326/56 creó el "Consejo de Trabajo Doméstico", dependiente del Ministerio de Trabajo y con asiento en la Dirección Nacional del Servicio de Empleo"(20).

Otro de los países que siguen esta línea es Uruguay, donde también existe una sección especializada de los servicios de inspección del trabajo que se encarga de fiscalizar el cumplimiento de la legislación nacional para los trabajadores domésticos.

Adicionalmente es necesario que previa y continuamente los inspectores que conforman el cuerpo de inspectores sean capacitados para así estar informados

(19) VALENZUELA, María Elena y MORA, Claudia. *Trabajo doméstico: Un largo camino hacia el trabajo decente*. Santiago, 2009, p. 273.

(20) CABANELLAS, Guillermo. *Contrato de trabajo. Parte Especial*. Volumen IV, Bibliográfica Omeba, 1964, p. 131.

de las normas vigentes nacionales e internacionales(21). Cabe señalar que con relación a la fiscalización de este régimen especial debería imponerse como obligación guardar un estricto respeto a la intimidad. De la misma forma debería ocurrir para aquellos inspectores que realizan operativos para detectar el trabajo infantil, ya que ellos directamente interactuaran con los niños, niñas y adolescentes, y deben crearle una atmósfera agradable que los predisponga a comunicarse(22).

Con respecto a las multas debemos hacer una precisión: esta reducción la planteamos con excepción de que exista una trabajadora del hogar que se encuentre sufriendo un caso de trabajo forzoso(23). Para este caso puntual, no consideramos que debería proceder una reducción de la multa por la gravedad que trae consigo el trabajo forzoso.

A lo dicho debe añadirse, que recientemente a través de Ley Nº 30222, se dispuso que las multas a imponerse, en un plazo de 3 años, no serán mayor al 35 % de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto; adicionalmente se dispuso que en este lapso de tiempo el Sistema de Inspección del Trabajo privilegiará acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras, excepto, el tema que nos convoca en este artículo, el trabajo infantil.

Ello quiere decir que nuestras empresas continuarán sujetas a multas de hasta S/. 7 600.000 00. Ahora bien, en el marco de la **prevención y orientación** que guía nuestro Sistema de Inspección de Trabajo, se debe cumplir con la prevención de estas sanciones a los empleadores.

¿Cómo lograr ello? Proponemos, al respecto, que en todas las actuaciones inspectivas que realice la Sunafil los empleadores deben ser informados de las implicancias que tiene utilizar mano de obra infantil, entregando adicionalmente la cartilla informativa que forma parte del Anexo 3 del Protocolo de Actuación

(21) En esta línea por ejemplo, la Dirección de la Mujer Trabajadora del Viceministerio de Trabajo de Paraguay llevó a cabo entre 2005 y 2007 un proceso de capacitación a inspectores y mediadores que tuvo como resultado una mejor y más rápida solución de los conflictos, en temas de trabajo doméstico. LÓPEZ, Verónica; SOTO, Lilian y VALIENTE, Hugo. *Trabajo doméstico remunerado en Paraguay*. OIT - IPEC Sudamérica, Paraguay, 2005, p. 48.

(22) Es por ello que se señala que "la inspección del trabajo es uno de los instrumentos básicos para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos a condiciones de trabajo decentes por lo que el reforzamiento y modernización de las inspecciones de trabajo se convierte en un objetivo esencial". CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "El nuevo modelo de inspección del trabajo en Perú". En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, 2008, p. 329.

(23) En muchos lugares de Lima se ve casos de jovencitas traídas de provincias para sufrir casos de trabajo forzoso.

Sectorial en Trabajo Infantil aprobado mediante Resolución Ministerial Nº 265-2012-TR[24].

VI. CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico actual las normas que regulan el trabajo infantil y adolescente son contradictorias, sobre todo entre el Código de los Niños y Adolescentes y el Decreto Supremo Nº 003-2010-MIMDES, al delimitar ambas normas edades distintas para autorizar el trabajo de los menores de edad. Con relación a esta última norma, también se debe precisar que es muy confusa para determinar cuáles serían las actividades para las cuales está permitido contratar a un menor de edad.

Ahora bien, junto a la implementación de la nueva Sunafil, también se ha realizado la modificación de las multas laborales mediante el Decreto Supremo Nº 012-2013-TR. En el caso de encontrarse casos de trabajo infantil o vulnerar las normas dispuestas para el trabajo de adolescentes se ha dispuesto una multa de hasta 200 UIT, una multa que es bastante onerosa, pero justificada por el gran daño que causa a los niños y adolescente y, por ende, al futuro de nuestro país.

Otro de los temas tratados en la presente investigación es la sanción que se impone a aquellos empleadores que tienen una trabajadora del hogar, ya que al no calzar estos empleadores en el supuesto de mype, las multas a imponerse sería como no mype, es decir, de hasta 200 UIT.

En ese sentido, consideramos que la modificación de las multas a imponerse en el caso del trabajo infantil, debería ir acompañada de una adecuación de la normativa con la finalidad de facilitar la fiscalización laboral y por lo tanto que la multa a asumir, por un empleador, en estos casos, no esté sujeta a objeciones.

Adicionalmente creemos conveniente que al haberse estipulado una multa bastante onerosa (no exceptuada por la Ley Nº 30222 para ser aplicada recién en el lapso de tres años), debería la misma ser acompañada de una divulgación

(24) Por ejemplo en Brasil existe una amplia colaboración entre el sistema de inspección del trabajo y el sistema judicial, sobre todo en los casos de trabajo infantil y trabajo forzoso. En concreto, campañas conjuntas de comunicación en revistas y publicaciones, para niños, sobre accidentes, problemas y peligros en el trabajo, una directiva interna para el sistema judicial y los inspectores. VEGA, María Luz. *Sanciones de la inspección del trabajo: Legislación y práctica de los sistemas nacionales de inspección del trabajo*. Documento de Trabajo Nº 26. OIT, 2013, p. 34.

de la normativa y multas existentes con relación al trabajo infantil y adolescente. Ello podría concretizarse con la entrega de la cartilla informativa dispuesta en el Anexo de la Resolución Ministerial Nº 265-2012-TR en todas las actuaciones de los inspectores laborales, con la finalidad de evitar la desaparición de empresas que utilizan mano de obra infantil, sobre todo las empresas informales y microempresas.

Finalmente, respecto a las multas a imponerse a los empleadores de las trabajadoras del hogar, deberían ser modificadas, para cumplir con el principio de proporcionalidad de toda sanción. Consideramos al respecto que estas deberían ser impuestas en un 50 % de las multas para el régimen laboral general, teniendo en cuenta que la labor que realiza una trabajadora del hogar no es directamente lucrativa para el empleador.

LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA SOCIOLABORAL (APUNTES PARA UN ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO)[1]

FRANK ESPINOZA LAUREANO[2]

La presente ponencia tiene por objeto precisar cuáles son los alcances de la infracción administrativa en materia sociolaboral. Para ello, determinaremos primero cuál es el régimen jurídico aplicable, teniendo en cuenta que la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, indica que "con las excepciones previstas, se aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuanto no contradigan o se opongan a la presente Ley, en cuyo caso prevalecerán sus propias disposiciones".

En ese sentido, se podría llegar a sostener (equivocadamente como veremos más adelante) que el procedimiento sancionador en materia sociolaboral, así como las categorías jurídicas que se desarrollan en la Ley Nº 28806, se rigen exclusivamente por lo dispuesto en dicha norma (y su Reglamento) y que, a lo sumo, podría ser aplicable la Ley Nº 27444 en forma supletoria (respecto de lo que no se encuentre regulado). Siguiendo este orden de ideas, la Ley General de Inspección del Trabajo no solamente constituiría una norma especial que se ocupa de regular

(1) Se efectúa una revisión más extensa de las instituciones que se mencionan en la presente ponencia, en: ESPINOZA LAUREANO, Frank. *La infracción administrativa laboral*. Tesis (Mag.) Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado. Mención: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

(2) Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

el procedimiento sancionador sociolaboral, sino que, además, se encontraría habilitada para hacerlo de manera sui géneris.

I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

Como señala Juan Carlos Morón(3), la potestad sancionadora es la facultad más aflictiva con que cuenta la Administración, puesto que le permite gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas. Dicha potestad es complementaria al poder de mando para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en beneficio del interés público.

El Tribunal Constitucional ha dispuesto que "la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (art. 3, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman" [sentencia de fecha 6 de agosto de 2002, recaída en el Exp. Nº 1003-1998-AA/TC, f. j. 6].

Se entiende que el respeto al debido proceso a que se refiere el Tribunal Constitucional abarcaría a los procedimientos sancionadores en general, en tanto los mismos comparten con los procedimientos disciplinarios el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Esta perspectiva garantista de los derechos fundamentales de los administrados, así como la búsqueda de seguridad jurídica, llevaron al legislador nacional a acoger como principios del procedimiento administrativo sancionador

(3) MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1, Nº 7, Lima, julio de 2006, pp. 617-657.

los mandatos de legalidad, tipicidad, causalidad, entre otros (art. 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General)(4).

Posteriormente, con la emisión del Decreto Legislativo Nº 1029, se modificó el numeral 229.2 del artículo 229 de la Ley Nº 27444, estableciendo que las disposiciones contenidas en el Capítulo II ("Procedimiento Sancionador") del Título IV de dicha norma "se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo".

Al respecto, Jorge Danós anota que la modificación del numeral 229.2 se impone sobre las leyes sancionadoras preexistentes, incluso si pudiesen contener alguna disposición en contrario (como sería el caso de la Ley General de Inspección del Trabajo); y advierte que "solo una norma legal dictada en fecha posterior a la vigencia del nuevo texto del artículo 229.2 podría realizar una regulación diferente a las previsiones generales sobre la potestad y el procedimiento sancionador consagrado por la LPAG [Ley del Procedimiento Administrativo General], pero sujeto a que establezca dicha regla en forma expresa y a que no podrá transgredir los principios y reglas derivados directamente de la Constitución conforme a la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional"(5).

En el caso de la regulación inspectiva laboral, el artículo 44 de la Ley Nº 28806 establece que el procedimiento sancionador se basa en los principios de observación del debido proceso, economía y celeridad procesal, y pluralidad de instancia.

Consideramos que, de estos tres, el único que realmente viene a ser un principio propiamente dicho es el del debido proceso, puesto que tanto la economía (y celeridad) procesal como la pluralidad de instancia operan más bien como

(4) Ibídem, p. 618.

(5) Ibídem, loc. cit. Al respecto, Danós precisa que en materia sancionatoria es muy difícil que pueda operar el principio de la especialidad normativa y lo que se da en la práctica más bien, es que "la mayor parte de las leyes especiales que con carácter sectorial regulan la potestad sancionadora de la administración circunscriben su contenido a la tipificación de las infracciones y correspondientes sanciones a aplicarse exclusivamente en sus respectivos ámbitos y muy raras veces desarrollan aspectos que podrían considerarse vinculados al régimen general de la potestad sancionadora y menos aún se apartan deliberadamente de los principios y reglas generales". DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "La preferencia de los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto de las normas especiales sobre la materia". pp. 859-877. En: *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Asociación peruana de Derecho Administrativo, Modernizando el Estado para un país mejor, Palestra, Lima, 2010, p. 876.

características del procedimiento administrativo. Cabe recordar, que los principios cumplen con respecto a la potestad sancionadora una triple función: la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido de las reglas de la potestad sancionadora) y la integradora (servir de fuente de integración para salvar las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras)(6).

Por ello, acierta el artículo 52 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo al disponer que (además de los principios mencionados en el artículo 44 de la Ley Nº 28806) se apliquen al procedimiento administrativo sancionador, aquellos principios que regulan la potestad sancionadora, los cuales se encuentran previstos en el artículo 230 de la Ley Nº 27444(7).

Resulta pertinente anotar que la inclusión de los principios en una norma no es indispensable para tenerlos como aceptados dentro de un ordenamiento. Al respecto, el profesor Javier Neves señala que ello resultaría "más bien, recomendable –porque los reforzaría– solo si se fuera a hacer en fórmula que no resultara limitativa de sus alcances"(8).

II. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA SOCIO-LABORAL

Por su parte, el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR y modificado por

(6) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 618.

(7) Los principios y reglas especiales de la potestad sancionadora consagrados por el artículo 230 de la Ley Nº 27444 pueden ser clasificados en dos categorías: i) Los que tienen un basamento constitucional, como es el caso de los principios de legalidad, debido procedimiento, tipicidad, irretroactividad, presunción de licitud, razonabilidad (proporcionalidad) y non bis in ídem; y, ii) Los que constituyen esencialmente una adaptación de las reglas propias de la parte general del Derecho Penal para su aplicación por el Derecho Administrativo Sancionador, como sucede con los principios de concurso de infracciones, causalidad y presunción de licitud. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., p. 868.

(8) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. p. 126. Fernando García Granara agrega que "cuando se expresa en una norma jurídica un principio del Derecho Laboral, este deja de ser una línea directriz informadora, supletoria y de interpretación del derecho y se convierte en regla objetiva de cumplimiento obligatorio y general. Es decir, en este caso, el principio depende de la fórmula y extensión que la ley le reconoce". GARCÍA GRANARA, Fernando. "La primacía de la realidad en la Inspección del Trabajo". pp. 381-405. En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 383.

el Decreto Supremo Nº 019-2007-TR) define las infracciones administrativas en materia sociolaboral en los siguientes términos:

> "Artículo 22.- Infracciones administrativas
>
> Son infracciones administrativas los incumplimientos de las disposiciones legales y convencionales de trabajo, individuales y colectivas, en materia sociolaboral. Se entienden por disposiciones legales a las normas que forman parte de nuestro ordenamiento interno.
>
> Asimismo, constituyen infracciones los actos o hechos que impiden o dificultan la labor inspectiva, los que una vez cometidos se consignan en un acta de infracción, iniciándose por su mérito el procedimiento sancionador, debiéndose dejar constancia de este hecho para información del sistema inspectivo y anotarse en el respectivo expediente, bajo responsabilidad del Inspector de Trabajo, para los efectos a los que se contrae el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley".

La definición de infracción administrativa presenta el esquema de una norma secundaria, en tanto establece la consecuencia del incumplimiento de una norma primaria, siguiendo la clasificación de Alejandro Nieto(9).

El artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, en conjunto con los artículos 31 al 36 de la Ley Nº 28806, principalmente, constituyen el marco normativo aplicable para establecer cuáles son los alcances de la infracción administrativa en materia sociolaboral.

(9) Alejandro Nieto distingue tres tipos de normas: las normas primarias (que son las que contienen una prescripción, es decir, la imposición de una conducta, y cuyo destinatario es precisamente quien ha de adoptar tal conducta), las normas secundarias (que establecen las consecuencias del incumplimiento de la conducta impuesta y están dirigidas a los órganos estatales encargados de imponer tales consecuencias) y las normas terciarias (que establecen las reglas de procedimiento y competencia para asegurar la ejecución de las mencionadas consecuencias). En el Derecho Penal es normal la ausencia de normas primarias por encontrarse las mismas implícitas en las normas secundarias (así, por ejemplo, no existe una norma que establezca la prohibición de cometer homicidios, porque ello ya se deduce de la norma que ordena a los tribunales poner en prisión al culpable de un homicidio). En el Derecho Administrativo Sancionador, por el contrario, es común la existencia de una norma primaria en la que se enumeran las obligaciones, pero la presencia de una norma secundaria específica resulta sustituida por lo que viene a ser más bien una declaración genérica: constituye infracción cuanto contravenga lo dispuesto u ordenado en la norma primaria. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005. pp. 44-45.

1. Acción u omisión

Las infracciones administrativas se producen por acciones u omisiones de los administrados[10]. Según Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, la acción puede ser entendida como una manifestación de la personalidad, una exteriorización de la realidad interior del individuo, de su forma de ser (esta caracterización comprende tanto las conductas de las personas físicas como de las personas jurídicas)[11].

Respecto de las infracciones administrativas omisivas, se sostiene que las mismas poseen una importancia análoga a las infracciones activas; *"*basta con echar un vistazo a los catálogos de infracciones de las leyes para comprender que un amplísimo porcentaje de estas consisten en la inejecución de una acción legalmente preceptuada"[12].

2. Clasificación

Una primera clasificación, extraída de la literalidad de la Ley Nº 28806, reconoce la existencia de dos grandes tipos de infracciones: i) las infracciones en materia sociolaboral (relacionadas con la seguridad social, las relaciones laborales, y la seguridad y salud en el trabajo), y ii) las infracciones a la labor inspectiva.

Una segunda clasificación, establecida en función de las características de las conductas que se encuentran prohibidas, comprende: a) las infracciones de lesión, b) las infracciones de peligro concreto, y c) las infracciones de peligro abstracto[13].

a) Infracciones de lesión

Son aquellas que requieren del menoscabo efectivo del bien jurídico protegido, como por ejemplo, la infracción que se encuentra tipificada en el numeral 28.10 del artículo 28 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo:

> "(...) 28.10 El incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo que ocasione un accidente de trabajo que produce la muerte del trabajador o cause daño en el cuerpo o en la salud del

(10) Si bien la referencia a las acciones u omisiones se encuentra obviada en el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, observamos que la misma sí llega a aparecer en forma expresa en los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley Nº 28806.

(11) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo.* Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2010. pp. 297-307.

(12) Ibídem, pp. 309-313.

(13) Ibídem, pp. 352-355.

> trabajador que requiera asistencia o descanso médico, conforme al certificado o informe médico legal".

Cabe anotar, que no existen muchos casos de este tipo de infracciones en la normativa inspectiva laboral (siendo su uso más bien de tipo excepcional por parte del Derecho Administrativo Sancionador).

b) Infracciones de peligro concreto

Suponen que la acción desplegada implique un riesgo para el bien jurídico, pero al mismo tiempo exigen un resultado: que se acredite que en la situación concreta se produjo una efectiva situación de peligro para el bien jurídico protegido. Un ejemplo de este tipo de infracción es la que se encuentra tipificada en el numeral 28.3 del artículo 28 del Reglamento:

> "(...) 28.3 Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores".

c) Infracciones de peligro abstracto

Un ejemplo de este tipo de infracciones, en donde se prescinde de un resultado de peligro por completo, es la conducta a que se refiere el numeral 31.3 del artículo 31 del Reglamento:

> "(...) 31.3 La publicidad y realización, por cualquier medio de difusión, de ofertas de empleo discriminatorias, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole".

Según Alejandro Nieto, en el Derecho Administrativo Sancionador "predominan las llamadas *infracciones formales* constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo. El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por si mismo, una infracción administrativa. (...) En líneas generales, el delito penal está ordinariamente conectado con la lesión de un bien jurídico (o la producción de un riesgo): el resultado es aquí una lesión, mientras que la infracción administrativa está conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la

producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento –literalmente: infracción– el que da el nombre a la figura, con la que se identifica"[14].

3. Incumplimiento

Constituyen infracciones administrativas los incumplimientos de las leyes en materia sociolaboral. Al respecto, el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo precisa que el campo de las disposiciones legales sustantivas no se encuentra restringido a las leyes en sentido formal, sino que comprende a todas las normas infralegales que forman parte del ordenamiento interno.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley Nº 28806 señala que son infracciones administrativas en materia de relaciones laborales los incumplimientos de las disposiciones convencionales de trabajo, tanto individuales (derivadas del contrato de trabajo) como colectivas (plasmadas en un convenio colectivo), en materia de colocación, fomento del empleo y modalidades formativas.

En lo que se refiere a los incumplimiento contractuales, el legislador laboral estaría optando por una solución contraria a la que se sigue en el Derecho Comparado (dada la disfunción que plantea que deberes fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad se vean unidos a sanciones públicas). En esta línea, Gutiérrez-Solar Calvo anota que el carácter exclusivamente negocial de las disposiciones contractuales impediría admitir que las mismas constituyan fuente adecuada de deberes encaminados a proteger intereses generales (que es la función que deberían cumplir las infracciones administrativas)[15].

En cuanto a los convenios colectivos, sí llega a existir concordancia entre la normativa expuesta y el artículo 27 del Convenio Nº 81 de la OIT, que establece que "la expresión 'disposiciones legales' incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley".

La generalidad de la doctrina española no consideró la existencia de obstáculo alguno a la opción legal de sancionar administrativamente los incumplimientos

(14) NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Ob. cit. p. 393. "El Derecho Penal, por así decirlo, es un derecho represivo. El Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, es más ambicioso y toma en cuenta todas las infracciones que se cometan, aun a conciencia de que en la realidad no podrá sancionarlas todas dada su innumerabilidad. El incumplimiento y no el resultado es lo que interesa. Porque el Derecho Administrativo Sancionador es un derecho preventivo en cuanto que las infracciones, es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos". Ibídem, loc. cit.

(15) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 122.

de las cláusulas normativas de los convenios colectivos de trabajo, en la medida en que constituyen normas jurídicas integradas en el ordenamiento jurídico con dicho valor(16).

Así, Blasco Pellicer ve en el convenio colectivo "una norma especialmente idónea para ejercer esa labor de complemento de la tipificación establecida en la Ley por varias razones, entre las que destacan la posibilidad que tiene el instrumento convencional para sectorializar la tipicidad y, por tanto, acercarla a sus destinatarios y por la flexibilidad que el convenio tiene en punto a su modificación, que contribuye también a adecuar el ilícito a las necesidades de cada momento concreto"(17).

4. Sanción

En este punto, resulta conveniente precisar los alcances de un concepto que se encuentra indefectiblemente ligado al de la infracción administrativa en materia sociolaboral: la sanción administrativa que le corresponde. Pues bien, esta viene a ser una consecuencia de aquella, la misma que se traduce en un mal infringido a un administrado como producto de una conducta ilegal, a la que se le asigna una función represiva y preventiva (en tanto pretende restablecer el orden jurídico quebrantado y prevenir los comportamientos a los que se relaciona la amenaza de sanción)(18).

III. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA SOCIOLABORAL

Aceptada la idea de que los delitos y las infracciones administrativas no se diferencian en su naturaleza (puesto que ambos constituyen manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado), Gómez Tomillo y Sanz Rubiales postulan

(16) Sin embargo, se habría propugnado que el ordenamiento estatal promocione vías distintas para garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos, con el fundamento de que la verdadera paz social es la alcanzada mediante el asentimiento de los agentes sociales y no a través de la imposición imperativa. BLASCO PELLICER, Ángel y GARCÍA RUBIO, María Amparo. *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 148-149.

(17) BLASCO PELLICER, Ángel. *Sanciones administrativas en el orden social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 31. Citado por: MERCADER UGUINA, Jesús R. y TOLOSA TRIBIÑO, César. *Derecho Administrativo Laboral*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 666.

(18) DURÉNDEZ SÁEZ, Ignacio. *La sanción administrativa en el orden laboral*. Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 277.

que la definición de delito, concebido como acción típica, antijurídica y culpable, tiene plena aplicabilidad en el contexto de las infracciones administrativas[19].

En la misma línea, Carrero Domínguez indica que "si la conducta no es culpable, no es típica ni antijurídica y, por tanto, no genera responsabilidad. La consecuencia, en conclusión, que se produce, trasladando esta interpretación al ámbito sancionador, se centraría, fundamentalmente, solamente cuando el sujeto realiza el ilícito administrativo, esto es, lleva a cabo la acción u omisión que constituye el elemento objetivo de la infracción y se le puede imputar a título de dolo o culpa, en su grado de levísima, es cuando surge la responsabilidad administrativa. Ahora bien, si el sujeto ha realizado el tipo objetivo de la infracción pero no el subjetivo, su conducta no se ha cometido ni siquiera imprudentemente; aun cuando, objetivamente, la infracción existe, no hay responsabilidad en el ámbito sancionador (...)"[20].

Díaz Rodríguez, por su parte, apunta que "el órgano administrativo debe imponer la sanción pertinente cuando se pruebe que la conducta del presunto sujeto responsable es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; si del comportamiento presuntamente infractor no se pueden predicar la antijuricidad y la culpabilidad, o si ni siquiera se prueba que la conducta supuestamente constitutiva de infracción administrativa se corresponde con alguna de las conductas tipificadas como infracciones administrativas en la Lisos (Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de España), el órgano administrativo no puede dictar una resolución sancionadora"[21].

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, podemos sostener, entonces, que la configuración de la infracción administrativa en materia sociolaboral, como toda infracción administrativa, depende de la existencia de una serie de elementos tanto objetivos (tipicidad y antijuricidad) como subjetivos (culpabilidad).

Particularmente, la verificación del último de estos elementos se apoya en pronunciamientos del Tribunal Constitucional como la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2004 (recaída en el Exp. Nº 2868-2004-AA/TC) según la cual, "un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo

(19) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. Ob. cit., p. 284.

(20) CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen. *La potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de prevención de riesgos laborales.* Tesis (Dr.). Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Getafe, 1997, p. 327.

(21) DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel. *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*. p. 257. Tesis (Dr.). Universidad de La Laguna. Departamento de Derecho Internacional y Procesal, 2002, p. 257.

puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable" (f. j. 21).

IV. TRANSPOSICIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA SOCIOLABORAL

¿La normativa sociolaboral tiene sentido sin la inspección? María Luz Vega aporta los siguientes argumentos que nos llevan a optar por una respuesta negativa frente a dicha pregunta:

- La idea de un control independiente de la legislación laboral aparece como una prioridad desde las primeras manifestaciones del Derecho social(22).

- El procedimiento administrativo presenta ventajas de rapidez y de menor costo con relación al proceso judicial e incluso una vinculación más inmediata en la denuncia por parte de los representantes sindicales.

- La normativa laboral trasciende a la empresa o a la industria y es del interés central de toda la sociedad. El Derecho del Trabajo se vincula con el interés público e incluso con el orden público en tanto aquel surge para solventar los conflictos sociales, mejorando la gobernabilidad social.

- Las medidas de conflicto de la acción colectiva presentan limitaciones para reclamar casos de incumplimiento concreto y su uso

(22) En 1853, en Prusia, se creó la inspección obligatoria pero solo referida a los menores, la misma que fue extendida en 1869 a todas las actividades laborales. En Francia, la Ley del 19 de mayo de 1874, sobre el trabajo de niñas y niños menores en la industria, constituyó el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de la vigilancia de los derechos laborales, intento que se cristalizó en noviembre de 1892 con la creación de un cuerpo administrativo de inspectores, que accedían por concurso, con contrato y que contaban con estatuto propio. En 1900 se creó en París la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, la misma que, durante su primer congreso celebrado en Berna (1905), concluyó que era necesario adoptar un convenio internacional sobre Inspección del Trabajo. VEGA RUIZ, María Luz. *Administración del Trabajo: asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la Inspección del Trabajo*. OIT, Ginebra, 2009. pp. 5 y 15.

excesivo supone un costo y un desgaste enorme para las organizaciones sindicales[23].

Baylos y Terradillos, por su parte, indican que las normas laborales requieren un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficacia. La paradoja del Derecho del Trabajo, sostienen, "consiste precisamente en que su vocación emancipatoria tiene en gran medida que expresarse a través de una acción coactiva que se impone sobre el "estado de naturaleza" de las relaciones económicas entre el capital y el trabajo. Como Derecho que surge para recomponer, sin superarla, una situación de radical desigualdad en la distribución del poder contractual, el ordenamiento laboral tiene que imponerse a los efectos disgregadores de la autonomía individual a través de un sistema de ordenación relativamente cerrado, caracterizado por el predominio de las disposiciones de derecho necesario relativo y la indisponibilidad de los derechos laborales. Pero la desigualdad subsiste y con ella el riesgo de la ineficacia de la tutela legal o colectiva. Frente a este riesgo resultan en principio insuficientes las sanciones civiles de carácter restitutorio o resarcitorio, entre otras razones porque cuanto más débil es la posición contractual del trabajador más grave suele ser el incumplimiento y más improbable la reacción individual frente al mismo. Carnelutti lo expresa claramente cuando señala que la reducción de la economía a la ética solo se obtiene mediante una imposición de la ética sobre la economía y es precisamente la sanción aflictiva –la sanción artificial según Guasp– la que permite hacer inviolable esta imposición al restablecer moralmente la situación anterior a la violación o, desde una perspectiva menos retributiva, previniendo el incumplimiento a través de una intimidación eficaz"[24].

El literal a) del artículo 3 del Convenio Nº 81 de la OIT, relativo a la Inspección del Trabajo en la industria y el comercio (ratificado por el Estado peruano), atribuye a las inspecciones del trabajo nacionales la función de "velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines".

En el caso particular de los derechos colectivos, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que "las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si

(23) Ibídem, pp. 5-6.

(24) BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*. Trotta, Valladolid, 1990. pp. 8-9.

las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos"[25]. Óscar Ermida y Alfredo Villavicencio se encargan de precisar que dichos procedimientos han de ser eficaces, rápidos y confiables para el control, la prevención y la reparación de los actos de discriminación antisindical[26].

Sin desmerecer ninguna medida de tutela, anotan Guillermo Boza y Luis Mendoza, "los mecanismos preventivos son particularmente importantes para la protección de la libertad sindical en aquellos casos en los que su reparación difícilmente será posible, por ejemplo, cuando el paso del tiempo necesario para que los mecanismos procesales actúen, reste idoneidad a cualquier medida de reparación, permitiendo la impunidad del agente del acto antisindical"[27].

¿Y qué medida preventiva podría ser más eficaz que la investigación que es llevada a cabo por parte de funcionarios gubernamentales para determinar si la normativa laboral viene siendo cumplida efectivamente en las empresas?

Todo esto nos permite sostener que la labor que realiza la inspección del trabajo viene a ser una manifestación del *ius puniendi* del Estado, pero que al mismo tiempo constituye un medio para alcanzar la efectividad de los derechos sustantivos de los trabajadores (asemejándose en dicha intención al proceso judicial laboral[28]). Y siendo este el propósito, consideramos que resulta viable aplicar el principio protector en sede del procedimiento administrativo sancionador sociolaboral, sin que ello deba implicar necesariamente una vulneración a los derechos que le asisten al administrado-empleador.

Cabe anotar, que en el caso del Derecho Administrativo Sancionador ocurre algo curioso puesto que algunos principios (como los de legalidad y culpabilidad) hace buen tiempo que han sido flexibilizados a fin de posibilitar una mejor

(25) OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4ª ed., OIT, Ginebra, 1996, p. 174. Párrafo 818.

(26) ERMIDA, Óscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. *Sindicatos en libertad sindical*. ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 66-67. Citados por: BOZA PRÓ, Guillermo y MENDOZA LEGOAS, Luis. "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú". En: *Laborem*. Nº 10, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2010, pp. 329-354.

(27) BOZA PRÓ, Guillermo y MENDOZA LEGOAS, Luis. Ob. cit., Loc. cit.

(28) Rosenbaum anota que "resulta invalorable la transposición al terreno procesal del postulado central del Derecho Laboral sustantivo, el principio protector, que preconiza la especial tutela de la parte más débil en el proceso (el trabajador) a través de la postulación de desigualdades compensatorias. Este principio contrasta frontalmente con la regla general del proceso común, basada en la igualdad de las partes, porque responde a una necesidad de nivelación "social" del proceso laboral". ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. "Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina". Ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo celebrado en Puebla (México) en noviembre de 1992. En: ESCUELA DE POSGRADO DE LA PUCP - MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Materiales de Enseñanza del curso Procesos Laborales. 2012 - I.

adaptación de los mismos a la realidad de la Administración moderna[29]. De modo que, incluso por motivos de seguridad jurídica, resulta adecuado aplicar el principio protector, por ejemplo, al momento de interpretar el sentido de las infracciones que se encuentran tipificadas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Para finalizar, consideramos que se debería tener en cuenta lo señalado por Alejandro Nieto cuando propugna la formulación de técnicas concretas al interior del Derecho Administrativo que hagan viable la realización de los intereses colectivos (incluyendo los sindicales), de la misma manera que ahora existen para la defensa de los derechos individuales. Como anota este autor, "la vocación del Derecho Administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales"[30].

(29) NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Ob. cit., p. 264.

(30) NIETO GARCÍA, Alejandro. "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo". pp. 9-30. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 76, 1975, p. 27. "(…) el auténtico papel del Estado sería precisamente el de árbitro y componedor de todos estos grupos e intereses contrapuestos, actuando el Derecho Administrativo como su instrumento equilibrador. El sufragio universal, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones comunitarias, etcétera, han roto, al parecer, el monopolio burgués [del siglo XIX], y el Estado, en efecto, se encuentra en el centro de todos los sectores, por encima de todos los egoísmos particularistas". Ibídem, p. 11.

LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN LABORAL FRENTE A LA EXISTENCIA DE UN PROCESO JUDICIAL LABORAL "VINCULADO"

ELMER HUAMÁN ESTRADA[1]

I. INTRODUCCIÓN

Una empresa es fiscalizada por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil) por la supuesta comisión de la infracción administrativa contemplada en el numeral 25.14 del artículo 25 del Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante. RLGIT) debido a que una trabajadora había denunciado la existencia de actos de hostilidad en su contra producidos en el desarrollo de su relación laboral. A la vez que se desarrolla este procedimiento administrativo, dicha trabajadora, a través de un proceso laboral, demanda el cese de actos de hostilidad conforme a la normativa laboral vigente.

Una empresa es fiscalizada por la Sunafil por la supuesta comisión de la infracción contemplada en el numeral 25.20 del artículo 25 del RLGIT, luego que un locador de servicios, cuyo contrato no se le renovó, denunciará en dicha sede que, en la realidad, era un trabajador dependiente al encontrarse subordinado en la prestación de sus servicios. Al mismo tiempo, dicho trabajador demanda a la empresa, a través del proceso laboral, que se le reconozca su relación laboral, el

(1) Abogado Asociado del Área Laboral de Ferrero Abogados. Abogado por la Universidad de Piura. Cursa la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Potificia Universidad Católica del Perú.

pago de una indemnización por despido arbitrario y el pago de aquellos beneficios laborales que no le reconocieron al ser contratado civilmente.

Estos casos son, pues, ejemplos de materias que, al mismo tiempo, son analizadas tanto por la Autoridad Inspectiva de Trabajo como por la judicatura laboral; situación que día a día se presentan y que permite cuestionarnos si es válida la inmersión simultánea de los empleadores en procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que, finalmente, se discute una misma materia (si se ha hostilizado o no a un trabajador, si se ha contratado válidamente a una persona mediante un contrato de locación de servicios, etc.) y que denominaremos, a partir de ahora, como "vinculados".

La anterior cuestión no resulta baladí pues encierra enormes complicaciones prácticas. Así, cuando una empresa se encuentra inmersa a la vez en una fiscalización laboral y un proceso laboral que versan sobre la misma materia, surgen, frente a dicha situación, interrogantes como las siguientes:

¿Qué ocurre si en el proceso laboral se determina que la empresa no ha incumplido la normativa laboral? ¿Debe la Sunafil automáticamente librar de toda responsabilidad administrativa al empleador o, por el contrario, y de manera independiente, puede considerar que dicho pronunciamiento judicial no lo vincula? ¿Y si el procedimiento inspectivo ya finalizó e incluso la empresa ya pagó la multa correspondiente y no ha impugnado la resolución administrativa en el proceso contencioso administrativo, qué puede hacer el empleador frente a dicha responsabilidad administrativa asumida si el Poder Judicial ha determinado que no hay incumplimiento laboral alguno? En un mismo sentido, ¿qué ocurre si la inspección laboral indica que la empresa no ha incumplido la normativa laboral? ¿Debe el Poder Judicial asumir ello como prueba suficiente para confirmar que la empresa es respetuosa de la norma laboral?

Cuestiones como estas, repetimos, se presentan a diario y existen en referencia a ellas distintos criterios asumidos por parte de nuestra Autoridad Administrativa de Trabajo. Esta variedad se presenta, en gran medida, porque a nivel de la Inspección del Trabajo, antes de la entrada en funcionamiento de la Sunafil, cada Dirección de Inspección de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo del país exponía criterios independientes que no tenían forma de ser unificados[(2)]; situación que, actualmente, busca ser corregida una vez que entre

(2) Al respecto, las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo celebran temporalmente lo que se conoce como Encuentros Macroregionales (norte, centro y sur), eventos en los que las Autoridades de algunas regiones del país (según la sede en la que se encuentran incluidas) que conforman el Sistema Inspectivo de Trabajo se reúnen en determinadas sedes y arriban a acuerdos relacionados

en funcionamiento el Tribunal de Fiscalización Laboral de la Sunafil, ente administrativo que, gracias a su facultad de emitir precedentes administrativos[3], permitirá la unificación de los criterios de la Inspección del Trabajo a nivel nacional.

Esta es la controversia que pretendemos analizar en el presente artículo bajo el siguiente esquema: primero, revisaremos nuestra normativa a fin de ubicar los dispositivos que analizan la situación en la que coexisten un proceso judicial laboral[4] y un procedimiento administrativo relacionados a una misma materia (lo que hemos definido como proceso judicial - procedimiento administrativo "vinculados"); segundo, desarrollaremos los fundamentos que sustentarían la suspensión del procedimiento sancionador ante la existencia de un proceso judicial laboral en el que analiza la misma materia objeto de examen del primero; y, como tercer y último punto, mostraremos cuál ha sido el criterio que ha venido manejando nuestra Inspección del Trabajo y el reciente atisbo de cambio que ha mostrado a través de un reciente oficio de la Sunafil.

II. LA COEXISTENCIA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCESOS JUDICIALES VINCULADOS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

1. Marco normativo nacional

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos ver que existe una regulación específica que nos precisa qué debe hacer la Administración Pública cuando advierte que la materia que es ventilada en el procedimiento administrativo correspondiente es, también, objeto de análisis en un proceso judicial.

La primera referencia normativa la encontramos presente en el artículo 64 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala expresamente lo siguiente:

---

con distintas cuestiones controvertidas vinculadas al Sistema Inspectivo. No obstante, estos acuerdos no tienen rango normativo (ninguna norma se los concede) por lo que, finalmente, no constituyen una fuente de Derecho Administrativo Laboral para el sistema inspectivo nacional.

(3) Figura incorporada en nuestro Sistema de Inspección del Trabajo gracias al artículo 15 de la Ley Nº 29981, Ley que crea la Sunafil y modifica la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley Nº 28806.

(4) En nuestro análisis no comprendemos el proceso penal en el que se busca sancionar un delito que, a la vez, constituye también una infracción administrativa laboral (como el trabajo forzoso o los accidentes de trabajo mortales), pues, en estos casos, el principio del non bis in ídem justifica que solo se imponga una de estas sanciones que, desde nuestra posición, sería la penal. Pero esto ya corresponde a otro análisis que no encuadra en este trabajo, pues existen posiciones que señalan que no correspondería en este escenario la aplicación de dicha garantía.

> "64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.
>
> 64.2 Recibida la comunicación, y solo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.
>
> La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersone al proceso".

A su vez, otro dispositivo vinculado al tema que analizamos se encuentra en el artículo 13 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, la LOPJ), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, según el cual:

> "**Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la Administración Pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio**. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, este se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso".

Un análisis de estos dispositivos permite evidenciar la intención del legislador peruano, consistente en evitar que las entidades administrativas se pronuncien sobre situaciones que son, al mismo tiempo, analizadas en la vía judicial; con lo cual se buscaría "asegurar coherencia y unidad a las decisiones del Estado"[5].

(5) MORÓN URBINA, J. C. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 8ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 312.

que se manifiestan tanto en cabeza de la Administración Pública como en nuestros jueces cuando ambos analizan una materia vinculada.

Precisamente, para lograr dicha coherencia es que se reconoce la validez de que opere la suspensión del pronunciamiento administrativo, en espera de la decisión judicial. La doctrina coincide con ello cuando señala que "ante el hecho de que la Administración que instruye el expediente sancionador pueda estar conociendo sobre cuestiones cuya competencia corresponda al orden jurisdiccional social, se opta por suspender el mencionado procedimiento administrativo sancionador y se remite al órgano judicial lo actuado para que sea él el que primero se pronuncie sobre las cuestiones centrales del procedimiento"(6).

Pero, ¿por qué debe suspender el procedimiento administrativo y no el proceso judicial, más aún si, por ejemplo, en ciertas ocasiones el procedimiento administrativo ha sido el primero en iniciarse y se podría plantear la no suspensión del mismo en virtud del principio "primero en el tiempo, primero en el Derecho"?

Nosotros, al respecto, consideramos que la suspensión del procedimiento administrativo laboral operará independientemente del momento en que se haya iniciado (antes, al mismo tiempo o después) respecto del proceso judicial. Dicha suspensión del procedimiento administrativo (y no del proceso judicial), desde nuestra óptica, se sustenta en dos fundamentos que detallamos a continuación.

2. Justificación de la suspensión del procedimiento administrativo ante la existencia de un proceso judicial vinculado

2.1. Primer fundamento: la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública

En relación con la pregunta esgrimida al final del punto anterior, creemos que existen dos fundamentos que justifican la suspensión del procedimiento administrativo frente a la existencia de un proceso judicial.

El primero de dichos fundamentos lo encontramos en la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública, o, en palabras de Nieto, en "la circunstancia de que los tribunales tienen en todo caso una posición prevalente institucional sobre los órganos de la Administración"(7).

(6) MONEREO PÉREZ, José Luis (coordinador). *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Tecnos, Madrid, 2012, p. 339.

(7) NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 446.

Esta supremacía se encontraría presente en el producto mismo que emiten tanto la Administración Pública como el Poder Judicial, esto es, una resolución administrativa y una sentencia respectivamente. Debemos indicar, en relación con estos dos productos, que mientras el primero así tenga la condición de firme es revisable siempre en la vía judicial, el segundo de ellos cuando ostenta la calidad de cosa juzgada no es revisable en ningún ámbito del ordenamiento nacional(8).

Debe indicarse, entonces, que las resoluciones administrativas no tienen la misma fuerza que las sentencias dictadas por el Poder Judicial. En efecto, la resolución administrativa puede ser revisada por el Poder Judicial y, en consecuencia, solo está dotada de una presunción *iuris tantum* de legalidad: su sujeción al Poder Judicial es plena y es que esta sujeción, "es la garantía institucional de su efectivo sometimiento a la ley y al ordenamiento jurídico, con la consiguiente protección debida de los derechos y libertades individuales y sociales amparados por dicho ordenamiento"(9).

En nuestro país esta revisión a la que podrían ser sometidas las resoluciones administrativas la encontramos en el artículo 148 de la Constitución que establece que "las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa". Este dispositivo constitucional reviste una especial importancia para el ordenamiento jurídico-administrativo peruano, ya que señala con claridad la universalidad del régimen al que se sujeta el control de su actividad tanto en relación con la vía previa administrativa, como de la necesidad, en última instancia, de su control por el Poder Judicial.

La sentencia judicial, por el contrario, agotados los recursos que prevea el ordenamiento procesal judicial, no puede ser revisada por ningún motivo, ya que está revestida de una presunción *iuris et de iure* de legalidad. Aquí radican los efectos que tienen la cosa juzgada de las sentencias judiciales y la firmeza de los actos administrativos; y que permiten evidenciar la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública que se manifiesta en la posibilidad de que los pronunciamientos del segundo sean siempre revisados por el primero, mientras que lo contrario (que las sentencias con calidad de cosa juzgada sean revisadas por la Administración Pública) no es factible.

(8) Salvo el caso del proceso de amparo contra resoluciones judiciales y el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pero estos procesos revisores de sentencias con calidad de cosa juzgada son excepcionales y su procedencia se da en supuestos específicos.

(9) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

2.2. Segundo fundamento: la seguridad jurídica como principio que impide la existencia de pronunciamientos "estatales" contradictorios

El otro fundamento que, desde nuestra posición, fundamenta que se deba suspender un procedimiento administrativo si es que en trámite se encuentra un proceso judicial vinculado, lo encontramos en la seguridad jurídica.

Como planteamos al inicio del presente artículo, en la práctica podemos encontrar procesos judiciales y procedimientos administrativos vinculados. Volvemos a mencionar el ejemplo del locador de servicios de una empresa que ha demandado en la vía judicial su reconocimiento como trabajador subordinado sujeto al régimen laboral privado y, consecuentemente, el pago de sus beneficios laborales; y, al mismo tiempo, ha interpuesto una denuncia ante la Inspección del Trabajo, la misma que ya inició una fiscalización para determinar si la empresa ha cometido la infracción administrativa de no registrar al denunciante en sus planillas.

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el proceso judicial finaliza antes del procedimiento administrativo (que no ha sido suspendido por decisión de la Administración Pública) y en él se determina que la contratación civil es perfectamente válida? ¿Cómo queda la sanción administrativa? Si bien es cierto que dicha sanción puede ser impugnada –agotada la vía administrativa– en el Poder Judicial a través del proceso contencioso-administrativo, también es cierto que si la Administración Pública hubiera suspendido el procedimiento administrativo se hubiera evitado toda esa complicación para el empleador indebidamente sancionado.

En otras palabras, se hubiera evitado la existencia de pronunciamientos contradictorios, los cuales, a pesar de ser emitidos por el Poder Judicial y la Administración Pública, son emitidos finalmente por el Estado (un mismo Estado) que, con ese proceder, mostraría que puede emitir respuestas diferentes y contradictorias para una misma situación.

El sustento de avalar la suspensión del procedimiento administrativo radica, pues, en el reconocimiento y respeto del principio de seguridad jurídica. Sobre este principio, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que, a pesar de no estar reconocido expresamente en nuestra Constitución, la seguridad jurídica "(…) es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución"[(10)].

(10) STC Exp. Nº 0016-2002-PI/TC, f. j. 4.

Del mismo modo, ha señalado el TC que la seguridad jurídica "se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad"[(11)].

De estas sentencias del TC puede extraerse que una manifestación del principio de seguridad jurídica es el respeto a esa expectativa que tienen los ciudadanos respecto a saber cuál será la actuación de los poderes públicos. En el caso que analizamos, la expectativa se plasmaría en no estar sujeto, simultáneamente, a un proceso judicial y un procedimiento administrativo en los que, a pesar de discutirse una misma materia, se pueden arribar a criterios contradictorios.

La seguridad jurídica, entonces, nos debería llevar a reconocer que, a fin de conseguir y velar por la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, se deberían reconocer y poner en marcha los mecanismos que permitan anular situaciones confusas como la antes descritas.

Por ello, consideramos que la suspensión del procedimiento administrativo (llevado a cabo por una Administración Pública que se encuentra subordinada funcionalmente al Poder Judicial) frente a la existencia de un proceso judicial sería el mecanismo idóneo para contrarrestar las arbitrariedades que se pueden materializar cuando hay un procedimiento administrativo y un proceso judicial en los que se puede emitir conclusiones diferentes. Se lograría, en pocas palabras, asegurar la eficacia real de la tan mencionada (pero pocas veces respetada) seguridad jurídica como principio rector de nuestro ordenamiento jurídico.

3. Exigencias "ultra" formales para que proceda la suspensión del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento

Para nuestra legislación, no basta la mera existencia de un proceso judicial para que proceda automáticamente la suspensión del procedimiento administrativo. De acuerdo a la LOPJ, la suspensión se producirá cuando surja una cuestión contenciosa **sin la cual no pueda ser resuelta la administrativa**. Sin embargo, la LPAG completa esta regulación, detallándola, y establece una serie de requisitos para la suspensión, que permiten identificar cuándo estamos ante un supuesto en que la cuestión administrativa requiere de un pronunciamiento judicial previo.

(11) STC Exp. Acum. Nº 0001/0003-2003-AI/TC, f. j. 3.

Así, nuestra legislación exige lo siguiente:

- Si la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de Derecho Privado, que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. Es decir, no hay una inhibición inmediata, sino que esta únicamente se producirá a partir de la respuesta que al respecto dé el órgano jurisdiccional competente.

- Cuando se reciba la comunicación antes señalada, la suspensión solo procederá cuando la autoridad administrativa estime que existe una "estricta" identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Es decir, a criterio de la LPAG, no basta que exista una cuestión controvertida judicialmente (incluso si tiene relación con el procedimiento en curso), sino que esta debe ser entre los mismos sujetos, por los mismos hechos, y por los mismos fundamentos. Se requiere esta triple identidad, sin la cual podría entenderse que la Administración, si resuelve inhibirse del conocimiento del asunto, estaría vulnerando lo dispuesto por los artículos 63 y 65 de la LPAG, incurriendo además el funcionario en responsabilidad disciplinaria conforme a las normas vigentes[12].

Consideramos, en relación con el asunto que planteamos, que la exigencia de una triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos siempre constituirá una barrera infranqueable cuando se analizan una fiscalización administrativa-laboral y un proceso laboral "vinculados". Es evidente, por ejemplo, que las partes nunca serán las mismas, puesto que, mientras en la fiscalización administrativa las partes serían la Autoridad Administrativa de Trabajo y el empleador inspeccionado, en el proceso judicial las partes son (casi siempre) el empleador y el trabajador (individual o colectivamente considerado).

¿Debería, entonces, negarse siempre la suspensión del procedimiento administrativo debido a que entre este y el proceso judicial laboral nunca va a haber una identidad de sujetos y, por lo tanto, que no exista la triple identidad que exige el legislador administrativo?

(12) Sobre esta triple identidad, véase MORÓN URBINA, J. C. Ob. cit., p. 315.

Nosotros creemos que el formalismo que pregona la LPAG debería ser matizado y, en aras del respeto de la seguridad jurídica (que hemos analizado en el punto anterior), debería la Administración Pública detenerse a analizar la materia que trasunta tanto al procedimiento administrativo como al Poder Judicial.

Concluimos este punto recalcando que la relativización del formalismo que hemos planteado no implica que haya que ignorar cuáles son las partes que participan del procedimiento administrativo y el proceso judicial, pues los trabajadores cuyos derechos son vulnerados y los empleadores "denunciados o demandados" deberán ser los mismos en una u otra vía; ni tampoco deberán ignorarse la identidad de los hechos y los fundamentos, pero, al igual que en el caso de las partes, deberán también analizarse con una óptica antiformalista que busque a fin de cuentas evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios.

III. CRITERIOS EXPUESTOS POR LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO NACIONAL

Finalmente, debemos resaltar que la Autoridad Central del Sistema Inspectivo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno a cuál debe ser el proceder de la Inspección del Trabajo cuando conoce de la existencia de un proceso judicial en el que se ventile una misma cuestión jurídica que la analizada en la fiscalización laboral.

Los criterios expuestos lamentablemente no han sido muy uniformes, pues, como mostraremos a continuación, en una primera oportunidad se ha negado la posibilidad de que coexistan un procedimiento fiscalizador laboral y un juicio "vinculado", pero luego se ha negado esta posibilidad y, finalmente, hace poco se ha mostrado un atisbo de retornar al primer criterio.

1. Primer criterio: la existencia de un proceso judicial "vinculado" sustenta la suspensión de la fiscalización laboral

Entre los años 2007 al 2011, la Dirección de Inspección del Trabajo de Lima Metropolitana ha planteado como criterio, con relación al tema que analizamos, que la inspección laboral debe inhibirse si toma conocimiento de la existencia de un proceso judicial "vinculado".

La doctrina nacional[13] ha reseñado algunos de estos pronunciamientos. Mostraremos algunos de ellos en orden cronológico, del más antiguo al más reciente. Tenemos, en ese sentido, que mediante la Resolución Directoral Nº 035-2007, se ha indicado lo siguiente:

> "De conformidad con lo prescrito en los artículo 64 de la Ley Nº 27444, que señala que cuando durante la tramitación de un procedimiento la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, la autoridad competente podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio; en consecuencia, en consideración al mencionado dispositivo y en acatamiento a lo dispuesto por el juzgado corresponde que este despacho se inhiba de conocer el presente procedimiento hasta que la autoridad judicial levante la suspensión provisional de la Resolución Directoral".

En otro pronunciamiento contenido en la Resolución Directoral Nº 406-2008, se ha precisado cuál es el sustento constitucional que lleva a que la Autoridad Inspectiva se inhiba conociendo de la existencia de un proceso judicial laboral relacionado con la materia fiscalizada administrativamente:

> "El artículo 64 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley Nº 27444, establece que si durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, puede determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio, ello en estricta observancia del artículo 139 numeral 2) de nuestra Carta Magna que señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones".

Además, en el anterior pronunciamiento, también se ha puesto como un ejemplo típico que genera la duplicidad procedimiento fiscalizador - proceso judicial

(13) TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. *La jurisprudencia administrativa laboral en la inspección del trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

el vinculado con la determinación de laboralidad de contratos civiles de locación de servicios, supuesto en el que se justifica la inhibición de la inspección laboral:

> "El artículo 13 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual, el asunto que se tramita ante la administración pública no pueda ser resuelto, se suspende aquel por la autoridad que conoce el mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. En este sentido, estando a que la autoridad de primera instancia ha sancionado a la recurrente por incumplimientos laborales frente a dos trabajadores, al haberse determinado la existencia de vínculo laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad, corresponde que este despacho se inhiba del conocimiento del presente procedimiento al existir similitud con la materia en discusión en los referidos procesos judiciales".

Otro ejemplo recurrente es el vinculado con el cese de actos de hostilidad, que muchas veces genera el inicio simultáneo del proceso judicial y de la fiscalización laboral. En la Resolución Directoral Nº 546-2008 se ha expuesto lo siguiente:

> "Estando a lo establecido en el artículo 139 numeral 2 de nuestra Carta Magna que señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones y, atendiendo a que el presente procedimiento tiene similitud con la materia de discusión en los procesos judiciales iniciados por los trabajadores afectados sobre cese de actos de hostilidad del empleador, pues la infracción referida al no pago íntegro y oportuno de remuneraciones tiene incidencia con referencia a la comisión de actos de hostilidad, este despacho considera conveniente inhibirse de seguir conociendo el presente hasta que la autoridad jurisdiccional emita el respectivo pronunciamiento".

Finalmente, en el año 2011, mediante la Resolución Directoral Nº 158-2011, se confirma el criterio antes expuesto en relación con una fiscalización laboral cuya materia inspeccionada era objeto de análisis a la vez en un proceso laboral de nulidad de despido:

> "Cuando durante la tramitación de un procedimiento la autoridad administrativa tome conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre

> determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio, pues ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, así es procedente que la autoridad administrativa de trabajo se inhiba de seguir conociendo el presente procedimiento, toda vez que se ha verificado la existencia de un proceso judicial (nulidad de despido) seguido por el trabajador, contra el inspeccionado".

La reseña de estos pronunciamientos nos permite evidenciar que hasta antes del año 2013, el criterio de la Inspección del Trabajo no se ataba a una interpretación cerrada y formalista del artículo 64 de la LPAG y, más bien, se entendía de manera amplia que la suspensión del procedimiento administrativo era necesaria para evitar contradicciones con lo que pudiera resolver el proceso judicial laboral sobre una misma materia.

2. Segundo criterio: la permisión de la coexistencia de una fiscalización laboral con el proceso judicial "vinculado"

En los dos últimos años (2013-2014) se ha esbozado un criterio diferente al expuesto en el punto anterior, pues la Inspección del Trabajo ha defendido la independencia de su procedimiento inspectivo frente al proceso judicial "vinculado". Existen documentos que mencionaremos a continuación corroborando lo afirmado.

Así, tenemos que la Dirección General de Inspección del Trabajo (DGIT), mediante el Oficio Nº 472-2014-MTPE/2/16, trasladó a la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Amazonas el Informe Nº 89-2014-MTPE/2/16.1, elaborado por la Dirección de Regulación y Supervisión del Sistema de Inspección del Trabajo. Mediante este informe se absolvió una consulta legal referida a la posibilidad de que se declare la suspensión de un procedimiento sancionador laboral al haberse iniciado un proceso judicial que guarda relación con las materias que son objeto de la fiscalización laboral.

Específicamente, la consulta se había planteado debido a que existía en trámite, ante la SubDirección de Inspección, Seguridad y Salud en el Trabajo y Defensa Legal de la DRTPE Pasco, un procedimiento sancionador laboral por la infracción consistente en la existencia de actos de hostilidad; y, a la vez, la trabajadora denunciante supuestamente hostilizada había demandado ante el Poder Judicial el cese de actos de hostilidad. Ejemplo que, en la práctica, se ha presentado en varias ocasiones.

Pues bien, la posición expuesta en dicho informe legal fue la siguiente:

> "2. Respecto a la cuestión controvertida antes descrita, compartimos el criterio expuesto por la Dirección de Inspección del Trabajo de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana, la que ha señalado, en variadas resoluciones, que no procede la suspensión del procedimiento sancionador laboral cuando se ha iniciado un proceso judicial laboral relacionado con las mismas materias analizadas en el procedimiento sancionador laboral.
>
> (…)
>
> De esta manera, consideramos que la Autoridad Inspectiva de Trabajo no debería inhibirse de desarrollar el procedimiento sancionador laboral si existe a la vez un proceso judicial laboral relacionado a las materias vinculadas con el procedimiento sancionador. En todo caso, para que proceda dicha inhibición debería existir un mandato judicial que así lo establezca".

Como puede verse, la DGIT se basaba y asumía como principal argumento de su posición lo expuesto en los pronunciamientos de la Dirección de Inspección del Trabajo de Lima Metropolitana. Nosotros hemos ubicado algunos de dichos pronunciamientos. Un ejemplo lo encontramos en la Resolución Directoral Nº 134-2013-MTPE/1/20.4, en la que se ha señalado que la Autoridad Administrativa de Trabajo no puede –aplicando el artículo 64 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General– determinar su inhibición en caso exista un proceso judicial en trámite relacionado con las materias sujetas a fiscalización administrativa. Otras resoluciones que exponen el mismo criterio son las Nº 066-2013-MTPE/1/20.4 y la Nº 016-2013-MTPE/1/20.4.

De manera resumida, indicaremos que en estas Resoluciones Directorales se ha indicado que para la procedencia de la "inhibición administrativa" no se cumplen los dos presupuestos contemplados en el artículo 64 de la Ley Nº 27444, que serían los siguientes:

a) Necesidad objetiva de obtener un pronunciamiento judicial previo: para el desarrollo del procedimiento sancionador laboral, en el que se determina la responsabilidad del empleador por cometer infracciones laborales, no es necesario que el juez laboral se pronuncie previamente.

b) Identidad de sujeto, hecho y fundamento: el fundamento de las pretensiones es distinto, ya que en el procedimiento sancionador se determina la responsabilidad administrativa del empleador y en el proceso judicial laboral se determina si le corresponde o no el derecho reclamado al trabajador; asimismo, los sujetos en el procedimiento sancionador son la Administración del Trabajo y el empleador mientras que en el proceso laboral las partes son el empleador y el trabajador.

Estos pronunciamientos evidencian, como lo hemos descrito anteriormente, una concepción formalista de la figura de la suspensión de la fiscalización laboral que, en gran medida, recogía el criterio vigente por aquel entonces expuesto por la Dirección de Inspección del Trabajo de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana.

3. Criterio reciente: "tibio" reconocimiento de la suspensión del procedimiento inspectivo ante la existencia de un proceso judicial "vinculado"

Este año, la Intendencia de Lima Metropolitana de la Sunafil emitió, con fecha 30 de abril de 2014, el Oficio Nº 51-2014-Sunafil/ILM, mediante el cual daba respuesta a la "denuncia de despido arbitrario y de desconocimiento de los derechos laborales" presentada por los extrabajadores de una conocida empresa.

En el breve análisis que realiza la mencionada Intendencia, se revela que los trabajadores denunciaban un supuesto despido arbitrario que se habría producido en el año 2001 y que frente a él habían iniciado procesos judiciales en contra de su exempleadora. Precisamente, esta situación llevó a que dicho órgano indique lo siguiente:

> "De la revisión de la denuncia formulada por los trabajadores afectados, se advierte que el presunto despido arbitrario, del cual fueron objeto, se habría producido en el año 2001, y actualmente cada uno de ellos ha iniciado sendos procesos judiciales contra su ex empleadora. Motivo por el cual, de acuerdo al principio derecho de independencia de la función jurisdiccional, prescrito en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política, 'ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones'".

En atención a la prohibición constitucional de avocarse a causas pendientes ante el Poder Judicial, esta Intendencia no podría disponer el inicio de actuaciones

inspectivas sobre las materias objeto de denuncia, por cuanto actualmente se encuentran controvertidas en la vía judicial".

Con este oficio, se evidencia que el criterio actual de la Inspección del Trabajo es que ella no debería realizar fiscalizaciones sobre materias que se encuentran siendo analizadas en un proceso judicial. Este criterio comulga con lo que hemos planteado anteriormente en este trabajo, esto es, con el reconocimiento de que toda fiscalización laboral debería suspenderse (como regla general) cuando la materia análisis de dicha fiscalización se analice simultáneamente en un proceso judicial.

Pese a que consideramos que en este caso no estamos frente al avocamiento indebido contemplado en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución (según el criterio de la Sunafil)[14], somos de la idea de que la suspensión del procedimiento sancionador debería proceder como regla general siempre que exista un proceso judicial "vinculado".

Los fundamentos para reconocer la validez de dicha suspensión sería, como ya lo hemos indicado, la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública y la búsqueda de la seguridad jurídica como principio general de nuestro ordenamiento.

Por eso, consideramos que este criterio emitido en un oficio de la Sunafil debería reiterarse y fundamentarse más ampliamente cuando las empresas fiscalizadas administrativamente, que han sido demandadas por las mismas materias en la vía judicial, lo soliciten adjuntando los documentos correspondientes. Ello evitará la existencia de contradicciones por parte de un Poder Público que busca la defensa de los derechos laborales tanto a través de la inspección laboral como del Poder Judicial; y que, en la búsqueda de la defensa de aquellos derechos no puede terminar afectando al empleador con la emisión de criterios dísimiles sobre una misma materia.

(14) El TC, en la STC Exp. Nº 01025-2012-PA/TC, ha definido al avocamiento indebido como el desplazamiento del juez de un caso que es de su competencia hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. En este caso, Sunafil no está desplazando al Poder Judicial, pues la última seguirá viendo el proceso puesto en su conocimiento.

IV. CONCLUSIONES

1. Como hemos podido ver a lo largo de estas páginas, en la actualidad no existe una respuesta clara acerca de la suspensión de la fiscalización laboral (ya sea en la etapa inspectiva como en la etapa sancionadora) cuando se ha iniciado un proceso judicial laboral "vinculado", esto es, un proceso judicial en el que las materias, las partes y el fundamento laboral sean los mismos que el procedimiento administrativo.

2. En un primer momento, la inspección laboral permitió esta posibilidad, sobre la base de un entendimiento amplio de los alcances del artículo 64 de la Ley Nº 27444.

3. Posteriormente, en una segunda etapa, ha rechazado dicha posibilidad, a partir de un criterio formalista que señala que la triple identidad de partes, hechos y fundamentos del procedimiento administrativo y el proceso judicial no existía; lo cual, desde nuestro punto de vista, nunca se produciría ya que por ejemplo, como es fácil de constatar, nunca se daría una identidad de partes pues en el primero las partes son Estado-empleador fiscalizado y en el segundo lo son empleador-trabajador (como regla general).

4. Actualmente, la Sunafil, ente rector del Sistema Inspectivo Laboral a nivel nacional, ha dado atisbos de generar un cambio en lo que se refiere a la suspensión del procedimiento sancionador laboral, pues ha deslizado el criterio de que, en aplicación del artículo 139, inciso 2 de la Constitución, la autoridad inspectiva no podría avocarse a un proceso judicial puesto en marcha y pendiente de resolver.

5. Pese a que consideramos que en este caso no estamos frente al avocamiento indebido contemplado en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución (según el criterio de la Sunafil), somos de la idea de que la suspensión del procedimiento sancionador debería proceder como regla general siempre que exista un proceso judicial "vinculado". Los fundamentos para sostener la conclusión anterior son dos: a) el reconocimiento de la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública (representada por la Sunafil en lo que nos concierne); y, b) el respeto de la seguridad jurídica.

6. Respecto a la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública –la cual emana de la facultad que tiene el primero de revisar los actos de la segunda (y no viceversa) debido a que solo los actos del primero están revestidos de la calidad de cosa juzgada–, consideramos que ella fundamenta que, en caso ambos poderes estatales analicen una misma materia, debe ser la Administración Pública la que suspenda su funcionamiento a esperas de que el Poder Judicial resuelve el conflicto sometido al análisis de ambos.

7. Respecto al principio de seguridad jurídica, creemos que el mismo impide o rechaza la existencia de pronunciamientos contradictorios por parte del Estado sobre una controversia jurídica similar. En ese sentido, si una misma materia es analizada por la Inspección del Trabajo y por el Poder Judicial, es factible que ambos arriben a soluciones diferentes y hasta contradictorias. Al fin y al cabo, dichos entes actúan como manfiestaciones del Estado, por lo que la contradicción provendría de una misma fuente.

8. Confiamos en que la Sunafil, a través de su facultad de emitir precedentes de observancia obligatoria con la entrada en funcionamiento de su Tribunal de Fiscalización Laboral, permita unificar criterios respecto a la materia analizada en el presente artículo, teniendo en cuenta, para ello, las garantías jurídicas de los empleadores que deben ser tuteladas ante la multiplicidad de procesos judiciales y procedimientos administrativos a los que puedan ser sometidos.

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD FRENTE A LA CUANTÍA Y APLICACIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES A LA NORMATIVA SOCIOLABORAL

A propósito de la modificación del artículo 48 del D.S. Nº 019-2006-TR

WILLY MONZÓN ZEVALLOS[1]

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia analiza la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección de Trabajo (en adelante, LGIT) y su Reglamento modificado por el D.S. Nº 012-2013-TR, mediante la cual, a partir de 1 de marzo del 2014, se introduce la nueva cuantía de multas que pueden ser propuestas durante el trámite de inspección e impuestas en el procedimiento sancionador ante la constatación del incumplimiento de las obligaciones sociolaborales a cargo del empleador; cuantía que no permite aplicar el principio de razonabilidad al determinarse la sanción.

II. EL SISTEMA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO PERUANO

El cumplimiento de las obligaciones sociolaborales no es un comportamiento que se genere de manera voluntaria por todo empleador; por lo cual, se requiere

(1) Abogado asociado al área laboral del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.

implementar mecanismos de control que dotados de facultades sancionadoras, permitan garantizar la observancia de las normas sociolaborales y, además, establecer cuáles serán las sanciones ante el incumplimiento de las mismas al configurarse la comisión de infracciones, siendo ese el principal motivo por el que se requiere un sistema de inspección de trabajo.

Por lo tanto, siendo evidente la necesidad de contar con un sistema de inspección de trabajo, citando a Ciudad[(2)] se debe tener en cuenta que: "La inspección de trabajo es uno de los instrumentos básicos para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos a condiciones de trabajo decentes, por lo que el reforzamiento y modernización de las inspecciones de trabajo se convierte en un objetivo esencial para garantizar un alto nivel de protección laboral".

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) congregada en Ginebra en fecha 19 de junio de 1947, adoptó el "Convenio sobre la inspección de trabajo" o Convenio 81 estableciendo la necesidad de mantener un sistema de inspección de trabajo, principalmente, encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

De manera concordante con el Convenio 81, el Convenio 150[(3)] y la Recomendación 158 precisan las funciones y la organización de los sistemas nacionales de administración del trabajo. Los dos últimos instrumentos están actualizados, responden a las condiciones socioeconómicas actuales y son aplicables a todos los Estados miembros de la OIT, independientemente de su nivel de desarrollo o el grado de sofisticación de sus sistemas de administración en el trabajo"[(4)].

Teniendo en consideración que el Convenio 81 fue ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 13284 de fecha 15 de diciembre de 1959, resultaba imperativo y necesario contar con un sistema de inspección de trabajo que permita en forma eficaz, velar por el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales a cargo del empleador, ya que su inobservancia determinaba que la relación de trabajo no se desarrolle en condiciones decentes.

(2) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "El nuevo modelo de inspección de trabajo en el Perú". En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección de trabajo y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la SPDTSS, 2008, p. 329.

(3) El Convenio 150 no fue ratificado por el Estado peruano.

(4) Conferencia Internacional del Trabajo, 100 Reunión, 2011. Informe V "Administración del trabajo e inspección del trabajo" <www.oil.com>, consulta realizada 23 de agosto de 2014.

El Estado peruano estuvo presente en la formación de la OIT en 1919, es así que en 1920 creó la Sección del Trabajo del Ministerio de Gobierno y Policía, para controlar las huelgas, luego mediante Decreto Supremo del 15 de julio de 1931 estableció las funciones de la inspección de trabajo; posteriormente por D.S Nºs 003-71-TR, 003-83-TR y 004-95-TR formuló mayores precisiones al sistema de inspección de trabajo.

Sin embargo, ante la necesidad de contar con una nuevo sistema inspectivo más eficaz, se emitió el D.S. Nº 004-96-TR de fecha 10 de junio de 1996, que se caracterizó por priorizar la prevención de los conflictos laborales; adicionalmente, el 16 de marzo de 2001 entró en vigencia el D.Leg. Nº 910 norma con rango de ley que además de establecer un sistema de inspección de trabajo, estaba orientada a la defensa del trabajador regulando el servicio de defensa legal gratuita y asesoría.

Si bien con la vigencia del D.Leg. Nº 910 y su Reglamento aprobado por el D.S. Nº 021-2001-TR, ya contábamos con un sistema de inspección, en la práctica este no era lo suficientemente eficaz para velar de manera adecuada por el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales a cargo del empleador, debido a que el sistema no contaba con las condiciones necesarias, ni con el personal o los recursos financieros para su adecuado funcionamiento.

Con la finalidad de observar el Convenio 81 y velar por el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales, el 22 de julio de 2006 se publicó la Ley Nº 28806 (vigente a los 60 días posteriores de su publicación), la cual derogó los títulos I y II del D.Leg. Nº 910, "Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador"[5]. El objeto de la nueva ley era regular de manera más eficaz el sistema de inspección, siendo la base de ésta norma legal, el sistema de inspección de trabajo español[6].

(5) Duodécima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 28806. "A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, quedan derogados expresamente, los Títulos I y II del Decreto Legislativo Nº 910 y sus normas modificatorias. Así como el Título Preliminar y los Títulos I y II del Decreto Supremo Nº 020-2001-TR y sus modificatorias. De igual modo deróganse y déjanse sin efecto todas aquellas disposiciones legales o administrativas, de igual o inferior rango, que se le opongan o contradigan".

(6) Para realizar una comparación recomiendo revisar la obra de los profesores PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 18ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1996, p. 1091 y ss.

III. POTESTAD SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos los administrados no cumplen de mutuo propio las obligaciones legalmente establecidas, corresponde al Estado determinar el régimen legal por medio del cual se garantice el cumplimiento de las obligaciones legales, función que realiza a través de la potestad sancionadora, la cual según Diez[7], se subdivide en potestad disciplinaria y potestad correctiva, siendo la segunda la que nos interesa a efectos del presente artículo.

Citando al mismo autor, "la potestad sancionadora correctiva, es externa de la administración, y comprende a todas las personas sean o no agentes de la administración. Tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de esta"[8]. Es así que tal potestad, se crea ante la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas; motivo por el cual, únicamente se basa en la ley.

La LGIT y su Reglamento establecen la potestad sancionadora correctiva a efectos de que el sistema de inspección de trabajo pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza sociolaboral a cargo de los empleadores, contando el sistema de inspección de trabajo peruano con facultades coercitivas, supuestos de hecho calificados y tipificados como infracciones y sanciones establecidas por ley, debiendo observarse un criterio de razonabilidad al imponer las sanciones.

La potestad sancionadora del Estado debe evitar excesos de punición, es así que el Tribunal Constitucional establece que para valorar la legitimidad del ejercicio del Derecho Administrativo sancionador, se verificará si se cumplen las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad con relación a los objetivos que se persiga;[9] motivo por el que durante el trámite inspectivo y el procedimiento sancionador se deberían tener en cuenta esas exigencias.

(7) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1975, p. 242.

(8) Ídem.

(9) STC Exp. Nº 00010-2007-AI/TC.

IV. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL TRÁMITE INSPECTIVO Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Con relación a los principios que inspiran el procedimiento administrativo, Morón precisa que: "Para todo ordenamiento jurídico, la existencia de principios jurídicos entraña la aparición de unos postulados modulares y rectores emanados lógicamente de su propia esencia, con el objeto de servir de guías para toda acción administrativa"(10). En consecuencia, los principios son las directrices que se deben observar sobre el resto del ordenamiento jurídico.

El mismo autor precisa que los principios "Tienen dos características inherentes que les son inmodificables: a) preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico al cual se refiere; y, b) poseer un dinamismo potencial, sobre la base de las cualidades de elasticidad, expansión y proyección que le hacen aplicable a cualquier realidad presente o futura para la cual el legislador no ha previsto una regla expresa a la que sea necesario dar un sentido afirmativo"(11).

Como se advierte de la estructura de la LGIT y su Reglamento, parte del sistema de inspección lo conforma el procedimiento administrativo que debe observarse para verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los empleadores; es así que ese procedimiento, está compuesto por dos etapas claramente determinadas, la primera constituida por las actuaciones inspectivas(12) y la segunda por la etapa sancionadora(13) o "procedimiento administrativo sancionador en materia laboral".

Como lo establece el artículo 2 de la LGIT concordante con el artículo 3 de su Reglamento, el sistema de inspección de trabajo peruano, se regula por los siguientes principios: a) legalidad, b) primacía de la realidad, c) imparcialidad y objetividad, d) equidad, e) autonomía técnica y funcional, f) jerarquía, g) eficacia, h) unidad de función y de actuación, i) confidencialidad, j) lealtad, k) probidad, l) sigilo profesional, m) honestidad, y n) celeridad.

(10) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 3ª ed., Gaceta Jurídica, 2004, p. 60.

(11) Ídem.

(12) El artículo 3 del Convenio 81 establece cuales son las funciones del sistema de inspección de trabajo, ello en concordancia con los artículos 3 y 6 del Convenio 129.

(13) Los artículos 17 y 18 del Convenio 81 determinan la obligación de contar con un sistema sancionador, lo cual es ratificado por los artículos 22 y 24 del Convenio 129.

Sin embargo, comparando los principios reconocidos por el D.Leg. Nº 910, en la LGIT vigente no se consideró incluir como principios el carácter irrenunciable de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley, la buena fe, la razonabilidad y la proporcionalidad en la sanción, lo que a primera vista parecería determinar la inaplicabilidad de los principios referidos al trámite inspectivo y al procedimiento sancionador actual, hecho que no es cierto.

Pese a que la razonabilidad y proporcionalidad no fueron considerados expresamente como principios que inspiran el sistema de inspección de trabajo, ello no implica que en un trámite inspectivo o procedimiento sancionador no se observen los mismos, ya que la undécima disposición final y transitoria de la LGIT precisa que se aplicarán supletoriamente a las actuaciones inspectivas laborales, las disposiciones de la Ley Nº 27444, cuando estas no se opongan a la LGIT.

Sin perjuicio de lo manifestado, el artículo 47 del Reglamento de la LGIT determina los criterios de graduación de las sanciones, y de manera específica entre ellos el artículo 47.3 de la misma norma, establece que en la determinación de la sanción se deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad según lo dispuesto por el artículo 230 numeral 3) de la Ley Nº 27444, lo cual se ve limitado con la cuantía y aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 48 del Reglamento.

Por su parte, el artículo 43 de la LGIT regula el procedimiento sancionador que se encuentra desarrollado en las disposiciones contenidas en el capítulo IV de la Ley, concordante con el artículo 52 y siguientes de su Reglamento; sin embargo, en lo no contemplado por las normas referidas se aplicará la Ley Nº 27444. Si bien la LGIT no incluyó el principio de razonabilidad y proporcionalidad en la sanción, ello no limita su aplicación durante el trámite inspectivo o el procedimiento sancionador.

En consecuencia, la Ley Nº 27444, en el sub numeral 1.4 del numeral 1 del artículo IV Título Preliminar reconoce al principio de razonabilidad, por el que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones, deberán adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

De igual manera y en forma concordante, el artículo 230 de la Ley Nº 27444 determina que la potestad sancionadora de todas las entidades (entre las que se encuentra la autoridad administrativa de trabajo) se rige adicionalmente por los

siguientes principios especiales: a) legalidad; b) debido procedimiento; c) razonabilidad; d) tipicidad; e) irretroactividad; f) concurso de infracciones; g) causalidad; h) presunción de licitud y i) non bis in ídem.

Por lo tanto, queda claro que durante las actuaciones inspectivas y el procedimiento sancionador, necesariamente se deberá observar el principio de razonabilidad, principalmente al momento en el que el inspector de trabajo proponga la imposición de multas cuando constate el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales por parte de un empleador, ya que al no observar el principio referido se estaría actuando en contra del principio de legalidad reconocido en la LGIT.

Sin embargo, pese a que con la finalidad de observar el Convenio 81 y velar por el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales, se publicó la LGIT y posteriormente su Reglamento, si bien en el artículo 48 modificado por el D.S. Nº 012-2013-TR se determinó la cuantía de las sanciones, en la práctica a partir de tal modificación resulta imposible aplicar de manera razonable y proporcional las sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales por parte del empleador.

El artículo 47 del Reglamento de la LGIT establece como criterio de graduación de las sanciones la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad, sin embargo, ello se limita tanto durante el trámite inspectivo como en el procedimiento sancionador a raíz de la nueva cuantía de las multas, lo que me permite sugerir que tal cuantía, podría entenderse como un límite máximo para aplicar sanciones menores en función del número de trabajadores afectados.

V. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El principio de razonabilidad también conocido como principio de proporcionalidad[14], injerencia o prohibición de exceso, permite controlar el actuar de la Administración Pública respecto los administrados, es así que como lo establece Tolosa "en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar

(14) STC Exp. Nº 2192-2004-PA/TC. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho.

la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (...)"[15].

El mismo autor al referirse al principio de razonabilidad considera que este "opera en primer lugar en la predeterminación normativa, esto es, los textos legales que contienen el catálogo de infracciones y sanciones deben haber realizado una adecuada integración entre la gravedad de la conducta infractora y la sanción impuesta, impidiéndose sanciones desproporcionadas en atención a los bienes jurídicos o intereses que se tratan proteger"[16].

Si bien la LGIT ni su Reglamento incluyeron en forma expresa entre los principios que regulan el procedimiento sancionador al de razonabilidad o proporcionalidad; como lo explicamos anteriormente este si es válidamente aplicable en materia administrativa de trabajo, es así que tal como lo establece el artículo 230 de la Ley Nº 27444: "La potestad sancionadora de todas las entidades esta regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: 3) Razonabilidad".

Por el principio de razonabilidad las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.

Como manifiesta Dromi[17], lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, por oposición a lo irrazonable, arbitrario, injusto. Si bien durante el trámite inspectivo se gradúan las sanciones ante infracciones tipificadas, estas no guardan adecuada proporcionalidad, ya que como lo veremos a continuación, a partir de la modificación del artículo 48 del Reglamento se proponen e imponen sanciones en forma indistinta sin tener en cuenta el número de trabajadores afectados.

Respecto al principio de proporcionalidad "la intervención pública debe ser susceptible de alcanzar la finalidad seguida, de modo que esta se entiende como necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos. Asimismo, dicha intervención debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella

(15) MERCADER UGUIÑA, Jesús R. y TOLOSA TRIBIÑO, César. *Derecho Administrativo Laboral*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 668.

(16) Ídem.

(17) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I, 1ª ed. peruana, Gaceta Jurídica, 2005, p. 727.

más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores, en particular, los derechos y libertades"[18].

Todos los criterios mencionados fueron recogidos en el Reglamento de la LGIT, es así que el artículo 47.3 considera que además de los criterios del artículo 47 para determinar las sanciones se debe respetar el principio de razonabilidad y proporcionalidad, lo que no se ejecuta en la realidad ya que se impone la sanción máxima establecida en el artículo 48 sin tener en cuenta ningún criterio o el número de trabajadores afectados por el incumplimiento de las normas sociolaborales.

VI. INFRACCIONES Y CUANTÍA DE LAS SANCIONES EN EL REGLAMENTO DE LA LGIT

En los artículos 33, 34, 35 y 36 de la LGIT se precisa de manera general los supuestos que ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales a cargo del empleador, podrían configurar: i) infracciones en materia de relaciones laborales; ii) infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo; iii) infracciones en materia de seguridad social; e iv) infracciones a la labor inspectiva, siendo el Reglamento de la LGIT el que desarrolla ampliamente cada supuesto de hecho.

Por su parte el artículo 37 de la LGIT establece que las infracciones de acuerdo a su gravedad estarán determinadas en el Reglamento de la Ley, es así que el referido reglamento en su artículo 48 inicialmente estableció en general la cuantía y aplicación de las sanciones, para ello tomaba en cuenta la gravedad de la infracción, el número de trabajadores afectados y una base de cálculo en función de la Unidad Impositiva Tributaria vigente, tal como se puede apreciar del siguiente cuadro:

Gravedad de la infracción	Base de Cálculo	Número de trabajadores afectados						
		1-10	11- 20	21-50	51-80	81-110	111 - 140	141 a
Leve	1 a 5 UIT	5-10 %	11-15 %	16-20 %	21-40 %	41-50 %	51-80 %	81 -100 %
Grave	6 a 10 UIT	5-10 %	11-15 %	16-20 %	21-40 %	41-50 %	51 -80 %	81 -100 %
Muy grave	11 a 20 UIT	5-10 %	11-15 %	16-20 %	21-40 %	41-50 %	51-80 %	81 -100 %

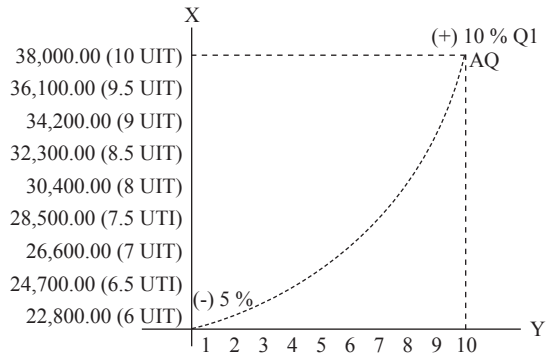
(18) RTF Nº 01608-9-2011.

Como se aprecia del cuadro, si en el trámite inspectivo se detectaba la configuración de cualquier infracción descrita en la LGIT y desarrollada en su Reglamento, el inspector de trabajo, para determinar la cuantía de una sanción, tenía que observar parámetros razonables ya que la norma establecía bases de cálculo mínima y máxima y, de acuerdo al número de trabajadores afectados la posibilidad de aplicar porcentajes mínimos y máximos dentro de un determinado rango.

En cierta medida, la tabla que inicialmente contenía el artículo 48 del Reglamento de la LGIT, permitía al inspector aplicar un criterio parcialmente discrecional, ya que se establecían parámetros que debía observar para proponer la imposición de una sanción; por ejemplo, si se detectaba la comisión de una infracción grave y los trabajadores afectados eran cinco, observando el rango de la base de cálculo y los porcentajes mínimos y máximos podía realizar el siguiente razonamiento:

GRÁFICO 1

Como se determina una multa por infracción grave antes del 1 de marzo de 2014



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo al gráfico[19] se aprecia que se podía establecer la cuantía de la sanción a ser propuesta en forma gradual (línea A); por lo tanto, para

(19) Gráfico 1, en el cual "X" representa la cuantía de las multas con base en UITs propuesta por la anterior regulación contenida en el artículo 48 del Reglamento, "Y" el número de trabajadores que podrían verse afectados ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales y la línea "A" la forma progresiva para determinar la multa en función de los criterios de gradualidad establecidos en el artículo 38 de la LGIT, lo que permitía imponer sanciones observando el principio de razonabilidad.

proponer la multa, si era importante determinar el número de trabajadores realmente afectados y dependiendo de ello, recién establecer el porcentaje aplicable entre el 5 % al 10 % de una base de cálculo de 6 a 10 UIT, lo cual permitía aplicar un criterio razonable tanto en el trámite inspectivo como en el procedimiento sancionador.

Sin embargo, con la nueva escala de multas vigente a partir del 1 de marzo de 2014, como consecuencia de la modificación al artículo 48 del Reglamento de la LGIT a raíz de lo dispuesto por el D.S. Nº 012-2013-TR, no es posible que tanto al proponer o imponer una multa se determine la cuantía aplicando un criterio razonable, ya que actualmente para el cálculo se aplica una tabla con valores fijos determinados que no permiten modificación, tal como se detalla a continuación:

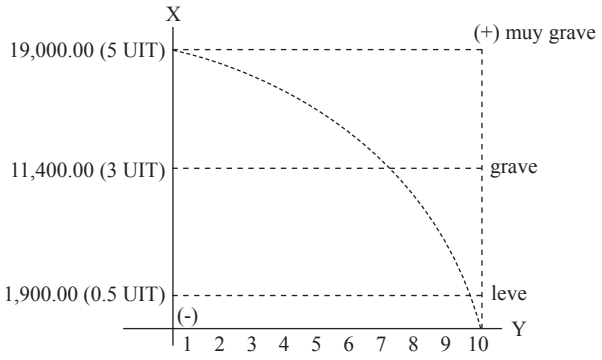
RÉGIMEN GENERAL										
Gravedad de la Infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 10	11 a 25	26 a 50	51 a 100	101 a 200	201 a 300	301 a 400	401 a 500	501 a 999	1,000 y más
Leve	1,900	6,460	9,310	17,100	22,800	27,360	38,950	55,860	79,800	114,000
Grave	11,400	28,500	38,000	47,500	57,000	76,000	95,000	136,800	152,000	190,000
Muy grave	19,000	38,000	57,000	83,600	102,600	136,800	171,000	228,000	304,000	380,000

Este cuadro al establecer la nueva cuantía con importes fijos limita al inspector durante el trámite inspectivo y al Sub Director durante el procedimiento sancionador, la posibilidad de que apliquen el principio de razonabilidad y proporcionalidad a que se refiere el artículo 47.3 del Reglamento de la LGIT, pues a diferencia de la regulación anterior establecida en el artículo 48 modificado ya no existen parámetros para poder determinar de manera gradual la cuantía de la sanción.

Como se aprecia del cuadro precedente, si durante el trámite inspectivo se constata la comisión de una infracción, la propuesta de sanción (multa) es una sola sin que importe el número de trabajadores afectados, es decir; por ejemplo, si se afectó a un (1) solo trabajador o a diez (10) en caso de una infracción leve la multa será de S/. 1,900.00, si es grave será de S/. 11,400.00 y si es muy grave será de S/. 19,000.00, situación que procedo a graficar a continuación:

GRÁFICO 2

Como se determinan las multas a partir del 1 de marzo de 2014



Fuente: Elaboración propia.

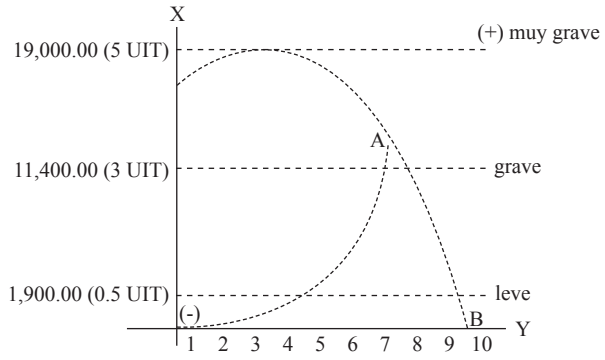
El gráfico anterior nos permite apreciar que a partir de la aplicación de la nueva cuantía de las multas, solo se puede determinar la sanciones tomando como base el importe máximo de UITs y de trabajadores (línea B), lo cual demuestra la inexistencia de razonabilidad al proponer o imponer la sanción, ya que la multa máxima subsume al número total de trabajadores, resultando esta forma de proponer la sanción totalmente desproporcionada.

Si bien no es justificado, no es igual detectar el incumplimiento de obligaciones sociolaborales en perjuicio de un trabajador que de diez; por lo que si durante la inspección existe la imposibilidad de graduar la sanción en atención al número de trabajadores, es evidente que siempre se propondrá un importe fijo, no existiendo una base de cálculo progresiva como en la anterior regulación; por ejemplo, la base de cálculo anterior para las infracciones leves era entre el 5 % al 10 % de 1 a 5 UIT.

Si comparamos la forma para determinar la cuantía de la sanción anterior y actual, no queda duda que además del número de trabajadores afectados, resultaban determinantes los parámetros porcentuales y la cantidad de UIT que establecía la anterior regulación, ya que en ese escenario si se podía observar el principio de razonabilidad tanto al proponer la sanción durante el trámite inspectivo como al imponer la misma en el procedimiento sancionador.

GRÁFICO 3

Como se determinan las multas a partir del 1 de marzo de 2014



Fuente: Elaboración propia.

Este último gráfico[20] demuestra que la actual cuantía de sanciones, regulada por el artículo 48 del Reglamento de la LGIT, limita la aplicación del principio de razonabilidad, es así que A representa la gradualidad progresiva que se observaba al imponer una multa teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el número de trabadores afectados; y B representa la forma actual de determinar las multas en base en un monto fijo sin importar el número de trabajadores afectados.

Adicionalmente, el literal a) del artículo 44 de la LGIT establece que el procedimiento sancionador se basa, entre otros principios, en el de observancia del debido proceso, determinando que el administrado (empleador) goce de todos los derechos inherentes al procedimiento sancionador, entre los que se encuentra el de obtener una decisión por parte de la autoridad administrativa de trabajo debidamente fundada en hechos y en derecho.

Por lo manifestado, con la modificación del artículo 48 del Reglamento no se respeta el derecho al debido procedimiento, ya que al proponer una sanción durante el trámite inspectivo o al imponer la misma en el procedimiento sancionador, se limita la posibilidad de graduar su cuantía observando el principio de

(20) Gráfico 3, en el cual "X" representa la cuantía máxima de las multas de acuerdo a su gravedad con base en UIT, "Y" el número de trabajadores que podrían verse afectados ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales, la línea "A" el principio de razonabilidad contenido en el artículo 47.3 del Reglamento, y la línea "B" la limitación generada por el artículo 48 del Reglamento para aplicar el principio de razonabilidad tanto al proponer como al imponer las sanciones, lo cual es contrario al criterio de graduación de las sanciones desarrollado por el literal b) del artículo 38 de la LGIT.

razonabilidad, lo cual genera la inobservancia del principio de legalidad, lo que descalifica la actuación inspectiva y el procedimiento sancionador.

VII. CONCLUSIONES

Si bien el Estado peruano ratificó el Convenio 81 de la OIT y de manera progresiva instauró sistemas de inspección de trabajo destinados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales por parte de los empleadores, no fue hasta la entrada en vigencia de la LGIT y su Reglamento que se generó un sistema de inspección de trabajo debidamente estructurado.

El sistema de inspección de trabajo vigente además de determinar de manera detallada las infracciones a las normas sociolaborales, estableció inicialmente la cuantía de las sanciones que se debían imponer en forma gradual, teniendo como referencia de cálculo UITs, el número de trabajadores afectados y un porcentaje que permitía determinar la sanción de manera razonable.

Tanto la LGIT y su Reglamento se inspiran en determinados principios; sin embargo, a diferencia del D.Leg. Nº 910 las normas vigentes no incluyeron entre ellos, en forma expresa, el de razonabilidad y proporcionalidad hecho que no determina su inaplicación durante la actuación inspectiva así como tampoco en el desarrollo del procedimiento sancionador.

Los artículos 38 y 43 de la LGIT y 47.3 y 52 de su Reglamento establecen la posibilidad de aplicar el principio de razonabilidad, es así que el artículo 48 del Reglamento antes de su modificación permitía que las sanciones propuestas e impuestas ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales, se impongan observando el principio referido.

El D.S. Nº 012-2013-TR modificó el artículo 48 del Reglamento de la LGIT; a partir de ello, las sanciones ante el incumplimiento de obligaciones sociolaborales se imponen únicamente en función de montos fijos predeterminados sin importar el número de trabajadores afectados o un porcentaje sobre la base de cálculo en UITs, lo cual es contrario a lo normado por el artículo 38 de la LGIT.

La nueva cuantía de las sanciones vigente a partir del 1 de marzo de 2014, si bien busca desincentivar conductas infractoras, al imponer multas elevadas ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales, no permite que durante el trámite inspectivo y el procedimiento sancionador se aplique el principio de razonabilidad lo cual determina un exceso de la potestad sancionadora del Estado.

El presente artículo no cuestiona la necesidad de imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones sociolaborales, sino busca demostrar que nuestro sistema inspectivo no puede dejar de aplicar el principio de razonabilidad al proponerse o imponerse multas, ya que no es igual imponer una sanción por afectar a uno o a diez trabajadores.

Si se buscaba desincentivar conductas infractoras, se pudo modificar la base de cálculo establecida en el artículo 48 del Reglamento antes de su modificación, imponiendo una base más elevada por cada nivel de infracción, permitiendo que la multa a proponerse o imponerse se determine aplicando un porcentaje sobre la base de cálculo en atención al número de trabajadores afectados.

De los artículos 47.3 y 48 del Reglamento, se advierte que los importes fijos de las multas, podrían ser los montos máximos que se propondrían o impondrían como sanción, pero atendiendo al número de trabajadores afectados, ya que de lo contrario, los criterios de graduación reconocidos en el artículo 38 de la LGIT y el artículo 47.3 del Reglamento carecerían absolutamente de sentido.

Finalmente, se debe tener en cuenta que nuestro sistema inspectivo de trabajo, a nivel del trámite inspectivo como en el procedimiento sancionador, no dejan de ser procedimientos administrativos de naturaleza correctiva; por lo que no pueden dejar de observar el principio de razonabilidad, ya que tal omisión configura una limitación que es contraria al principio de legalidad y la garantía del debido procedimiento.

FISCALIZACIÓN LABORAL EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

FIORELLA PÍA PEYRONE VILLACORTA[1]

"Ha llegado el momento de aunar los esfuerzos para que la seguridad y salud en el trabajo formen parte integrante de las estrategias destinadas a lograr un desarrollo sólido, sostenible y equilibrado. (...) El costo humano que representa esta tragedia diaria es incalculable. Sin embargo, se estima que el costo económico que conlleva la pérdida en días de trabajo, tratamiento médico y prestaciones abonadas en efectivo asciende cada año al 4 por ciento del PIB mundial"[2].

I. INTRODUCCIÓN

Todas las actividades de trabajo generan riesgos laborales que pueden afectar la seguridad, salud e integridad de los trabajadores[3]. En muchas ocasiones los accidentes, daños, lesiones de trabajo y enfermedades profesionales, son producto

(1) Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Con segunda especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUPC). Docente adjunta al curso de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP.

(2) Director General de la OIT, Juan Somavia, en una declaración emitida con ocasión del Día Mundial de la SST. 2010.

(3) OSPINA, Estela. *El aseguramiento de los riesgos del trabajo en el Perú. Seguro complementario de trabajo de riesgo: Avances y limitaciones*. Lima, 2010. Véase: <http://intranet.fide.com.pe/archivos/libros/ElAseguramientodelosRiesgosdetrabajoenelPeru.pdf>.

de las deficientes medidas de seguridad adoptadas por los empleadores o de la nula fijación de estándares mínimos de seguridad y salud en el trabajo[4] establecidos por la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST) y su reglamento.

Para contrarrestar el incumplimiento de la normativa en SST, el Estado cuenta con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) y con los gobiernos regionales, instituciones que, mediante la inspección de trabajo, promueven y vigilan el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo (en adelante, SST), en los centros de trabajo, exigiendo eventualmente las responsabilidades administrativas que procedan[5].

En ese contexto, y dado que la LSST ha sufrido importantes cambios con relación a la función pedagógica de la fiscalización laboral, mediante el presente trabajo analizaremos las medidas adoptadas por el Estado y su eficacia para lograr el cumplimiento de la normativa de SST en el país.

II. LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN SST DESDE LA PROMULGACIÓN DE LA LSST

La Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. En ese marco, se crea el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, Conssat) espacio de diálogo social de empleadores, trabajadores y representantes del Estado que, de acuerdo al inciso k) del artículo 11 de la LSST tiene como una de sus principales funciones, velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, articulando las actuaciones de fiscalización y control de parte de los actores del sistema.

Bajo ese escenario, el Conssat luego de su instalación en el año 2012, su principal objetivo fue la elaboración de la Política Nacional de SST, la cual fue promulgada mediante Decreto Supremo Nº 002-2013-TR que tiene como objeto prevenir los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y reducir los daños que se pudieran ocasionar a la salud de las trabajadoras y trabajadores, que

(4) MORILLAS, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*. Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 992.

(5) Superintendente Nacional de Fiscalización Laboral, Aldo Ortega en una declaración con ocasión al ejercicio de las funciones de la Sunafil. 2014.

sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo que estos realizan.

Al respecto importa destacar que el tercer eje de acción de la referida Política, tiene como objetivo promover el cumplimiento de la normativa sobre SST, mediante el fortalecimiento de la fiscalización y la promoción de mecanismos de autoevaluación de los sistemas de gestión y dentro de sus objetivos específicos se establecieron, entre otros: a) mejorar cualitativa y cuantitativamente la capacidad operativa de las entidades encargadas de verificar el cumplimiento de la normativa relativa a seguridad y salud en el trabajo, a nivel nacional y regional, con la asignación de recursos necesarios y suficientes; y, b) desarrollar mecanismos que faciliten e incentiven el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Así, una vez aprobada la Política Nacional de SST las acciones del Conssat se orientaron centralmente a la aprobación del Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2017, instrumento llamado a concretar los ejes de acción definidos en la referida política. La firme voluntad de diálogo de los actores y el clima de confianza generado en la instancia tripartita, permitieron la aprobación del plan y el desarrollo de otras actividades en el marco de la agenda de trabajo 2013, todas ellas plenamente concordantes con la Política Nacional.

En consecuencia, tras la promulgación de la LSST, en el seno del Conssat se diseñaron estrategias concretas en materia de fiscalización de las normas de SST, en concordancia a lo dispuesto por el artículo 7 de la Decisión 584 CAN, Instrumento Andino de la SST, establece que se adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre seguridad y salud en el trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, procedimientos de inspección, de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

No obstante lo expuesto, mediante la promulgación de la Ley Nº 30222, Ley que modifica la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se estableció una nueva política de inspección del trabajo en materia de SST distinta a la aprobada en el Conssat.

En efecto, de acuerdo a la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Nº 30222, Ley que modifica la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se establece un plazo de tres años, periodo en el cual el sistema de inspección del trabajo peruano "privilegiará" acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras. Es decir, si el empleador cumple

con subsanar la infracción que se le observó, se concluirá la investigación inspectiva sin sanción alguna.

Definitivamente la estrategia plasmada en esta última norma no coincide con la establecida mediante diálogo social por el Conssat en el Plan Nacional de SST, dentro de cuyas acciones se encuentran: a) diseñar un perfil de inspector especializado en seguridad y salud trabajo, con conocimientos básicos en procesos de los sectores que inspeccionará; b) contratación de inspectores a nivel nacional; c) desarrollar metodologías de inspección en seguridad y salud en el trabajo; d) desarrollar metodologías especiales de orientación técnica para las micro y pequeñas empresas; e) elaborar una estrategia de fiscalización que incluya el sector informal y sectores más desprotegidos como las micro y pequeñas empresas.

En ese sentido, si bien la estrategia establecida por la norma que modifica la LSST no coincide con los acuerdos adoptados en el Conssat (Política y Plan Nacional de SST) respecto a la fiscalización laboral en esta materia, importa señalar que tampoco la contradice, sino la complementa.

No obstante ello, cabe resaltar que en la medida en que existe un espacio de diálogo social sobre SST, el cual tiene dentro de sus funciones principales plantear modificaciones o propuestas de normativa en seguridad y salud en el trabajo[6], así como velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo adecuado para garantizar la participación de los actores sociales, trabajadores, empleadores y miembros del Estado como salvaguarda del diálogo social en esta materia, es que en el pleno del Conssat se discutan los proyectos de las modificaciones a la LSST, ello con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la Decisión 584 CAN, Instrumento Andino de SST[7], de la LSST y a la Política Nacional de SST, cuyo eje de acción Nº 1 tiene como objetivo promover un marco normativo armónico, coherente e integral sobre SST, de base tripartita y adaptado a las necesidades de protección de los trabajadores y trabajadoras del país.

(6) "Artículo 11 LSST.- Son funciones del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo las siguientes: (…) c) Plantear modificaciones o propuestas de normativa en seguridad y salud en el trabajo, así como de aplicación o ratificación de instrumentos internacionales sobre la materia (…)".

(7) "Artículo 7 Decisión 584 CAN, Instrumento Andino de SST.- Con el fin de armonizar los principios contenidos en sus legislaciones nacionales, los Países Miembros de la Comunidad Andina adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre seguridad y salud en el trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, los aspectos que se enuncian a continuación: (…) h) Procedimientos de inspección, de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo; (…)".

III. LA FUNCIÓN PEDAGÓGICA DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL

Importa señalar que de acuerdo al artículo 10 de la Decisión 584 CAN, Instrumento Andino de SST, el Perú está obligado a adoptar las medidas necesarias para reforzar sus respectivos servicios de inspección de trabajo a fin de que estos orienten a las partes interesadas en los asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, supervisen la adecuada aplicación de los principios, las obligaciones y derechos vigentes en la materia y, de ser necesario, apliquen las sanciones correspondientes en caso de infracción.

La Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, contempla en su artículo 3.2 esta función de la inspección laboral, que la propia norma denomina como "de orientación y asistencia técnica", lo cual supone brindar información y asesoramiento a los trabajadores y empleadores respecto de sus derechos y obligaciones.

Lo que existe detrás de esta concepción "educativa" de la fiscalización podría ser entendido como un sutil "retroceso", donde la inspección laboral pasa por un ejercicio selectivo de sus competencias y funciones, reforzando su dimensión técnica de actuación(8). Sin embargo, guarda sintonía con la necesidad de incentivar una actitud positiva de los empleadores frente a sus obligaciones laborales, fomentando una cultura de cumplimiento (en vez del solo cumplimiento por temor a las sanciones administrativas)(9).

No obstante lo expuesto, las escasas evaluaciones acerca de esta experiencia concluyen que la estrategia preventiva no ha tenido los resultados esperados(10).

En ese escenario, está latente el peligro de inducir desequilibrio entre las funciones punitivas y educativas. Así, se observan trayectorias distintas entre los países en materia de sanciones, aunque en todos se está otorgando más importancia a la promoción del cumplimiento voluntario y la prevención, buscando cierto

(8) PALOMEQUE, Manuel. "El nuevo espacio funcional de la inspección del trabajo: reflexiones críticas". En: *Derecho y razón crítica*. Varona, Salamanca, 2004, p. 381.

(9) BOZA, Guillermo y MENDOZA, Luis. "La función pedagógica de la inspección laboral y los derechos colectivos laborales: presupuestos para una agenda a futuro en el Perú". Véase: <http://www.ius360.com/privado/laboral/la-funcion-pedagogica-de-la-inspeccion-laboral-y-los-derechos-colectivos-laborales-presupuestos-para-una-agenda-a-futuro-en-el-peru/1/>.

(10) BENSUSAN, Graciela. "La efectividad de la legislación laboral en América Latina". Véase: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>, p. 31. En Mali, por ejemplo, se proporcionan información y asesoramiento técnicos a los empleadores y a los trabajadores durante las visitas a los establecimientos, las sesiones de conciliación o las visitas de empleadores y trabajadores. No obstante, esta actividad tiene un alcance limitado, dada la falta de medios de transporte y de trabajo de las oficinas de inspección.

equilibrio entre estrategias punitivas y propósitos preventivos y educativos, pues al debilitarse la función de detección de las violaciones y la acción punitiva termina por diluirse la capacidad de convicción necesaria para lograr la aceptación de los consejos y recomendaciones, en la parte educativa o de asesoría. Por ello, los especialistas sostienen que son funciones complementarias y no excluyentes: "el balance entre ambas funciones es la clave del éxito de los servicios de inspección"[(11)].

En efecto, de acuerdo al Convenio núm. 129, se equipara en importancia la función de control con la de informar y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más eficaz de cumplir las disposiciones legales pertinentes[(12)].

Bajo esa línea, importa destacar que la concepción educativa o pedagógica no debería amparar una cultura de impunidad, donde lo que prevalezca sea el incumplimiento por el incumplimiento mismo, y no por falta de información o conocimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo que los empleadores deben observar. Es importante subrayar que este enfoque preventivo presupone al enfoque fiscalizador. Ni lo reemplaza ni lo aminora: lo complementa[(13)].

IV. FISCALIZACIÓN LABORAL EN SST: CUANDO SE "PRIVILEGIA" LA PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN DE CONDUCTAS INFRACTORAS

Para garantizar la aplicación de las disposiciones legislativas relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, se prevé que el sistema de inspección del trabajo esté encargado de facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores[(14)].

(11) Ídem. México sigue un enfoque más pedagógico y Brasil busca un mayor equilibrio entre la función punitiva y pedagógica (Jatobá, 2002).

La meta no es desempeñar un rol represivo sino tener un medio para el cumplimiento de la legislación laboral: "La acción represiva es solamente un instrumento para lograr acciones preventivas precedidas por la observación, discusión y promoción de medidas legales protectoras" (Jatobá, 2002, p. 15).

(12) Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133), p. 31.

(13) Ibídem. La función pedagógica de la inspección laboral y los derechos colectivos laborales: presupuestos para una agenda a futuro en el Perú.

(14) Artículo 3, párrafo 1, apartado b), del Convenio núm. 81 y artículo 6, párrafo 1, apartado b), del Convenio núm. 129.

Si bien esta información y asesoramiento no pueden sino favorecer la adhesión a las prescripciones legales, deben ir, asimismo, acompañados de un dispositivo de represión que permita procesar a los autores de infracciones comprobadas por los inspectores del trabajo. La credibilidad de todo servicio de inspección depende, en gran medida, no solo de su capacidad para asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la mejor forma de aplicar las disposiciones legales cuyo cumplimiento le corresponde controlar, sino también de la existencia y utilización efectiva de un sistema de sanción que sea lo suficientemente disuasivo. Para la inspección del trabajo, las funciones de control y de asesoramiento son, en la práctica, indisociables(15).

Sin embargo, de acuerdo a la Única Disposición Transitoria de la Ley Nº 30222, Ley que modifica la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el marco de un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo se establece un plazo de tres años, durante el cual el sistema de inspección del trabajo privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras.

Asimismo la norma establece que, cuando durante la inspección del trabajo se determine la existencia de una infracción, el inspector de trabajo emite un acto de requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción. En caso de subsanación, en la etapa correspondiente, se dará por concluido el procedimiento sancionador; en caso contrario, continuará la actividad inspectiva.

Conforme se aprecia, la norma antes citada establece dos etapas de la fiscalización laboral de SST, una preventiva y otra sancionatoria, sin embargo, en la norma se consigna la palabra "privilegia", la que consideramos inadecuada puesto que ésta significa de acuerdo a la Real Academia Española "exención de una obligación o ventaja exclusiva (...)"(16) lo cual, sin duda, es contrario a la función pedagógica de la fiscalización laboral.

Sin embargo, a pesar de que consideramos adecuada la modificatoria que establece una nueva estrategia de la fiscalización laboral de SST (eliminando la palabra "privilegio"), no la consideramos suficiente para lograr que todos los empleadores del Perú conozcan las normas sobre SST y las cumplan, más aún cuando

(15) Ibídem. Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y otros, p. 99.

(16) De acuerdo a la RAE, privilegio significa: exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia. Véase: <http://lema.rae.es/drae/?val=privilegio>.

no contamos con un número suficiente de Inspectores especialistas de la SST para realizar las funciones descritas.

En efecto, de acuerdo a los indicadores propuestos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) la inspección del trabajo debe ser: Inspectores por cada 100.000 asalariados y por cada 100.000 asalariados asegurados(17). Sin embargo, al año 2005 el Perú contaba con 1.34 Inspectores por cada 1000, 000 trabajadores(18) y en la actualidad, existen 383 Inspectores de Trabajo(19), entre especialistas en normativa socio laboral y en SST.

De acuerdo a la OIT, la limitación que tiene la inspección del trabajo en materia de recursos expresaría la falta de voluntad para hacer cumplir las normas. "La precaria situación de los recursos humanos y financieros es la mejor garantía de que los derechos reconocidos no van a ser respetados en las fábricas"(20).

Adicionalmente, cabe destacar que la estrategia preventiva no ha tenido los resultados esperados por deficiencias en el entrenamiento de los inspectores o por falta de instrumentos y metodologías apropiadas(21).

Por todo lo expuesto, es evidente que la modificatoria de la LSST respecto al sistema de inspección de SST, por sí sola no garantiza el cumplimiento de la función informadora a los empleadores del país en normativa de SST.

En el párrafo 14 de la Recomendación Nº 133 se sugiere a los miembros que inicien o promuevan una campaña educativa continua destinada a informar a las partes interesadas, por todos los medios adecuados, sobre las disposiciones legales pertinentes y la necesidad de aplicarlas estrictamente, y también sobre los peligros para la salud o la vida de las personas que trabajen en empresas agrícolas y de los medios más apropiados para evitarlos. Además, se enumeran los medios apropiados para la educación de los trabajadores, que habida cuenta de las

(17) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "15º Seminario para el Análisis de la nueva estrategia sindical para el año 2014. Véase: <http://municipales.org.ar/festram2014/wp-content/uploads/2014/06/Trabajo-Decente-Pisarello.pdf>.

(18) CUADRO 1. América Latina: Inspectores por trabajador, 2005. Véase: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>.

(19) ALAYZA, Alejandra. "Un país 'súper' pero para todos". Diario *La República*. Lima, fecha de publicación: 10/07/2014, p. 15. Ello fue puesto en conocimiento de los representantes de los trabajadores, empleadores y del Estado durante la sesión ordinaria Nº 17 del Conssat, llevada a cabo el 20 de febrero de 2014. En dicha oportunidad, los consejeros del Conssat manifestaron su preocupación por la insuficiente cantidad de inspectores con los que se contaba para fiscalizar el cumplimiento de la normativa sobre SST. Véase: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNSST/sesion_17_CONSSAT.pdf>.

(20) *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*, p. 32.

(21) Ibídem, p. 31.

circunstancias nacionales, deberían incluir: a) la utilización de los servicios de promotores o animadores rurales; b) la distribución de carteles, de folletos, revistas y periódicos; c) la organización de sesiones cinematográficas y de emisiones de radio y de televisión; d) la organización de exposiciones y demostraciones sobre higiene y seguridad; e) la inclusión de las cuestiones de higiene, seguridad y otros particulares pertinentes en los programas de enseñanza de las escuelas rurales y de las escuelas de agricultura; f) la organización de conferencias para las personas que trabajen en la agricultura y que se vean afectadas por la introducción de nuevos métodos de trabajo o por la utilización de nuevas materias y sustancias; g) la participación de los inspectores del trabajo en la agricultura en los programas de educación obrera, y h) la organización de cursos, debates, seminarios y exámenes con premios.

Si bien las medidas previstas en la Recomendación Nº 133 OIT están dirigidas al sector agrícola, no es menos cierto que estas podrían ser adaptadas y aplicadas de manera general o enfatizando en algún otro sector que el Estado tenga a bien priorizar en base a los factores de riesgos y el desconocimiento de la normativa en SST.

En atención a lo expuesto, consideramos que lo adecuado sería que el Estado ejecute con dotación de recursos necesarios, adicionalmente a la medida preventiva establecida en la modificatoria establecida, las medidas consensuadas en el Plan Nacional de SST y de ser posible las acciones establecidas en la Recomendación Nº 133 OIT.

V. CONCLUSIONES FINALES

Consideramos que si bien la función pedagógica de la fiscalización laboral en SST fomenta el cumplimiento normativo en materia de SST, esta no debe ser "privilegiada" dado que esta función indisoluble con la función de control o sanción en el sistema de la fiscalización laboral.

Concordamos con el Dr. Boza respecto a que la función educativa o pedagógica del sistema inspectivo, no debería amparar una cultura de impunidad.

El Conssat, mediante el diálogo tripartito de los trabajadores, empleadores y representantes del Estado, ha logrado determinar de manera consensuada una estrategia en materia de fiscalización laboral de la SST a ser ejecutada durante el periodo de 2014 al 2017, con base en los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados.

Dado que el Conssat tiene dentro de sus funciones principales plantear modificaciones o propuestas de normativa en seguridad y salud en el trabajo, así como velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo adecuado para garantizar la participación de los actores sociales, como salvaguarda del diálogo social en materia de SST, es que en el pleno del Conssat se discutan las modificaciones o propuestas normativas sobre SST.

La estrategia preventiva establecida por la modificatoria de la LSST respecto a la fiscalización laboral en SST no coincide con la establecida en la Política ni el Plan Nacional de SST sin embargo, no es contraria a los fines de la fiscalización laboral (pedagogía). No obstante, el uso de la palabra "privilegio" no es adecuado, pues genera que una interpretación errada, en la que se superpone la función pedagógica a la represiva, cuando de acuerdo al contenido normativo de la modificatoria, se establecen dos etapas claramente diferenciadas respecto del sistema de fiscalización en SST, primero la función pedagógica y segundo, la función sancionadora.

Asimismo, la referida estrategia preventiva no es suficiente en sí misma para lograr el objetivo de informar a todos los empleadores del Perú respecto de sus obligaciones legales en materia de SST no solo por carecer del número adecuado de inspectores de trabajo especialistas en SST para todo el país, sino por la falta de instrumentos técnicos para evaluar determinados factores de riesgo, falta de metodologías apropiadas, entre otros.

Para garantizar el cumplimiento de la normativa en SST en el país es necesario que el Estado asuma la responsabilidad de difundir adecuadamente los derechos que se reconocen en las normas jurídicas que promulga en materia de SST, para que estas sean efectivamente aplicadas por todos los sectores e individuos involucrados, para ello, es imprescindible que dote de los recursos humanos y financieros necesarios no solo al sistema de fiscalización laboral para que cumpla con su labor pedagógica sino para ejecutar las medidas consensuadas en el Plan Nacional de SST en esta materia. Adicionalmente, sería muy valioso para el país que el Estado ejecutara las acciones establecidas en la Recomendación Nº 133 OIT (previa adaptación, de ser necesario).

BREVES APUNTES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN LA INSPECCIÓN LABORAL

JESSICA PIZARRO DELGADO[1]

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio abordamos la prescripción como institución del Derecho Civil aplicable a las relaciones laborales desde el punto de vista de la prescripción hacia el titular del derecho como de la prescripción de la facultad sancionadora de la autoridad inspectiva de trabajo.

Veremos cómo es que existe diferencia entre la prescripción como pérdida de la acción ante los tribunales y la prescripción dentro de un procedimiento inspectivo que le otorga al trabajador o titular del Derecho Laboral diferentes posibilidades de lograr el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Finalmente, siendo que el procedimiento inspectivo se rige por ciertas normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, veremos cómo prescribe la facultad sancionadora de la inspección laboral y cómo se puede llegar a perder la función principal de la autoridad inspectiva por el transcurso del tiempo.

(1) Abogada graduada por la Universidad Nacional de San Agustín, con estudios completos de Maestría en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional Efectiva por la Universidad Nacional de San Agustín, actualmente se desempeña como abogada defensora de oficio de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa.

II. LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción es una figura del Derecho que significa perder la posibilidad de accionar, es decir, se tiene el derecho pero no es posible accionar ante un órgano jurisdiccional solicitando la aplicación de ese derecho para su titular, ello por una única condición: el transcurso de tiempo que ingratamente castiga al ciudadano que por descuido, desconocimiento o negligencia no reclama lo que le corresponde dentro del tiempo oportuno.

La prescripción es de dos clases: adquisitiva y extintiva. La primera, también llamada usucapión, permite al poseedor adquirir la propiedad de un inmueble cuando se está conduciendo como verdadero propietario, la cual no es relevante para el presente estudio, mientras que la segunda, es la institución jurídica que extingue la acción pero no el derecho mismo a la luz del artículo 1989 del Código Civil, claro está que la acción es aquella atribución que tienen las personas para recurrir ante los tribunales para que se les reconozca un derecho(2).

Como la prescripción es una figura regulada por el Código Civil, queda claro que nos tenemos que remitir a los artículos 1989 al 2002 para comprender su regulación, suspensión, interrupción, reanudación, y especialmente referirnos a la prohibición del juzgador de invocar la prescripción si no ha sido alegada, es decir que la prescripción no se declara de oficio.

Entonces, quien tiene un derecho ganado por la prescripción debe ejercer su derecho, pues el juzgador no lo hará valer de oficio, y la forma de ejercer ese derecho es a través de la defensa de forma por la excepción de prescripción extintiva.

III. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO LABORAL

Mediante la Ley Nº 27321 –que entró en vigencia el 23 de julio del año 2000– se ha fijado el plazo prescriptorio para las acciones por derechos derivadas de la relación laboral en cuatro años contados desde el día siguiente en que se extingue la relación laboral.

Anteriormente se habían fijado diferentes plazos que los podemos graficar de la siguiente manera:

(2) BRINGAS DÍAZ, Gianfranco. *Aplicación supletoria de las normas civiles en las relaciones laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Si el vínculo laboral se extingue:	Plazo	Norma
Hasta el 30/12/1993	15 años	Constitución 1979
Desde el 31/12/1993 hasta el 27/07/1995	10 años	Código Civil
Desde el 28/08/1995 hasta el 23/12/1998	3 años	Ley Nº 26513
Desde el 24/12/1998 hasta el 22/07/2000	2 años	Ley Nº 27022
Desde el 23/07/2000 en adelante	4 años	Ley Nº 27321

Entonces queda claro que el plazo prescriptorio actualmente es de cuatro años para accionar ante los tribunales por el reclamo de cualquier derecho laboral, sea económico o no.

El ejercicio de los derechos laborales se logra a través de un proceso judicial ante el órgano jurisdiccional, pero también a través de una denuncia ante el sistema de inspección laboral, cuyo accionar se origina en forma mayoritaria por las denuncias presentadas que por el trabajo programado, problemática del sistema que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral pretende acudir.

IV. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

A la luz del Convenio 81 de la OIT existe en el Perú un sistema de inspección laboral que se encuentra regulado por la Ley Nº 28806, normativa que dota de principios al procedimiento inspectivo y señala que la inspección de trabajo es un servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, y orientar y asesorar técnicamente en dichas materias.

Para cumplir sus funciones, el sistema cuenta con supervisores inspectores, inspectores e inspectores auxiliares que tienen facultades para ejercer sus funciones que van desde ingresar libremente al centro de trabajo hasta paralizar las labores dentro de un centro de trabajo por riesgo inminente de la vida o integridad física de los trabajadores y deben conducir su procedimiento respetando los principios de legalidad, primacía de la realidad, imparcialidad, eficacia, sigilo profesional, celeridad, entre otros.

Para referirnos al personal inspectivo comprendido por supervisores inspectores, inspectores e inspectores auxiliares utilizaremos el término genérico de inspector de trabajo, que también incluye a las supervisoras inspectoras, inspectoras e inspectoras auxiliares.

Las actuaciones del inspector de trabajo se siguen dentro de procesos de fiscalización, verificación de hechos y de asesoramiento u orientación, que para el presente informe solo nos avocaremos a los procesos de fiscalización.

El procedimiento de fiscalización o verificación de cumplimiento de normas sociolaborales se inician con una orden de inspección que ordena al inspector de trabajo realizar actuaciones inspectivas sobre determinadas materias en determinado centro de trabajo –o también por determinarse– y por un plazo establecido que no puede exceder a treinta días hábiles, los cuales podrían ser ampliados antes de su vencimiento por razones que lo justifiquen con excepción de materias de seguridad y salud en el trabajo, fijémonos en el plazo porque retomaremos ello con detenimiento más adelante.

Culminadas sus actuaciones inspectivas, el inspector de trabajo emitirá un informe en caso de no determinar incumplimientos de normas, o un acta de infracción en el supuesto contrario, cuando el inspector de trabajo califica infracciones al ordenamiento y propone una sanción de multa.

Con el informe o el acta, se concluye el procedimiento de inspección, y solo en el caso de emitirse acta de infracción se apertura el procedimiento sancionador otorgando al inspeccionado el plazo de quince días hábiles para efectuar su descargo, luego de presentado este, la autoridad tiene también quince días hábiles para expedir resolución, que el inspeccionado puede apelar dentro del plazo de tres días, elevándose al superior quien expide resolución agotándose la vía administrativa salvo los casos en que cabe el recurso de revisión.

Estamos, entonces, frente a dos procedimientos, el inspectivo a cargo del inspector de trabajo, y el sancionador a cargo de los directivos del sistema de inspección observando el debido proceso, economía y celeridad procesal y la pluralidad de instancias.

En el procedimiento inspectivo no son aplicables las normas del procedimiento administrativo general contenidas en el título segundo, título que se refiere precisamente al procedimiento administrativo, es decir, que el procedimiento inspectivo es uno sui géneris con sus propias normas, pero sí son aplicables las normas referidas a la prescripción, pues se encuentran reguladas en el título cuarto referido a los procedimientos especiales.

V. FACULTAD DE SANCIONAR

La autoridad inspectiva tiene la facultad de determinar la existencia de infracciones en materias sociolaborales, la cual prescribe a los cinco años contados

a partir de la fecha en que se cometió la infracción o que desde que cesó si fuera continuada.

No olvidemos que el concepto jurídico de prescripción es la imposibilidad de accionar ante tribunales por el transcurso del tiempo sin perder el derecho, pero la autoridad inspectiva es titular de una facultad mas no de un derecho y menos va a acudir ante los tribunales para el ejercicio de su facultad, pero se regula la prescripción de su facultad de sancionar cual si fuera acudir a un tribunal.

La prescripción de la facultad sancionadora no merece mayor regulación que la mencionada y está recogida en el artículo 51 del Reglamento de la Ley General de Inspección, nótese que la norma usó la palabra "prescribe" queriendo decir "concluye", pero al señalarse un plazo prescriptorio se sigue la fórmula de la regulación de la Ley del Procedimiento Administrativo General a la facultad sancionadora de cualquier autoridad administrativa, en todo caso, considerando que la noma señala plazo de prescripción entenderemos esta a la luz del Código Civil.

Remitiéndonos al ordenamiento civil para determinar los alcances de la prescripción, especialmente a que la prescripción no se declara de oficio, la autoridad inspectiva declarará que su facultad de sancionar ha prescrito solo en los casos que el administrado lo alegue, mientras ello no ocurra, la autoridad mantiene el ejercicio de su facultad sancionadora.

La oportunidad para hacer valer el derecho ganado por la prescripción corresponde al sujeto inspeccionado dentro de los alegatos al acta de infracción en la apertura del procedimiento sancionador o en todo caso dentro del recurso de apelación contra la resolución que impone sanción de multa.

Veamos algunos ejemplos para comprender esta figura:

a) El trabajador JD no gozó de descanso vacacional desde el año 2005 hasta la fecha, mantiene el vínculo laboral y denuncia el incumplimiento ante la inspección laboral.

b) El sindicato XY denuncia que sus afiliados no han recibido el pago de la bonificación por cierre de pliego que corresponde a la negociación colectiva 2002-2003 que se celebró el 28 de mayo del 2002 y estipuló la fecha de pago de la bonificación para el 15 de junio del 2002.

c) El señor PL laboró desde el 2001 hasta el 31 de diciembre del 2009 y su empleador no le canceló su compensación por tiempo

de servicios, ni vacaciones truncas ni la gratificación de Navidad del 2009, acude a la inspección del trabajo denunciando dichos incumplimientos.

Viendo el ejemplo a, tenemos que el trabajador JD tiene derecho al goce de descanso vacacional con el respectivo pago de las remuneraciones vacacionales, y como mantiene vínculo laboral, aún el plazo prescriptorio no se ha iniciado y, por lo tanto, bien podría acudir ante los tribunales por el reclamo de sus derechos y no se podría determinar la prescripción ni siquiera mediante excepción que la invoque, sin embargo, de acudir ante la inspección laboral, esta podrá determinar incumplimientos en materia de vacaciones desde el año 2005, pero si el inspeccionado en sus alegatos solicita la prescripción de la facultad de fiscalizar el goce y pago de vacaciones desde el año 2005 hasta el 2008 inclusive, la autoridad tendrá que fundar su pedido, pues su facultad fiscalizadora se perdió por el transcurso del tiempo.

En el ejemplo b, tenemos una figura semejante, el sindicato XY, en representación de sus afiliados tiene capacidad procesal para acudir ante los tribunales solicitando el pago de la bonificación por cierre de pliego del año 2002-2003 pues el plazo prescriptorio aún no ha comenzado, pero si acude ante la inspección de trabajo, se corre el gran riesgo de que el sujeto inspeccionado alegue la prescripción de la facultad sancionado de la autoridad y con ello no exista infracción alguna.

En el ejemplo c la figura es diferente, el extrabajador PL podría acudir ante un tribunal reclamando el pago de sus beneficios económicos, pero si habría una excepción de prescripción extintiva por la parte demandada, el juzgado tendría que fundarla pues han pasado más de cuatro años desde el cese y el extrabajador PL no obtendría el pago de sus beneficios, en cambio si acude ante la inspección de trabajo, esta tiene la facultad de exigir el pago de sus beneficios económicos, pues al tratarse del pago de la compensación por tiempo de servicios no depositada, la infracción se comete al momento del cese así como los pagos truncos por vacaciones, y respecto a la gratificación de Navidad de 2009, el incumplimiento se produjo a partir del 16 de diciembre de 2009, y en todos los casos no han transcurrido los cinco años que exige la ley para la prescripción de la facultad sancionadora, por ende, pese a alegarse la prescripción, bien podría la autoridad requerir el cumplimiento de estos beneficios impagos y sancionar su incumplimiento, de esta forma PJ consigue en un procedimiento inspectivo lo que difícilmente obtendría en un tribunal judicial.

VI. PRESCRIPCIÓN PARA LA FACULTAD DE SANCIONAR

La prescripción se interrumpe por el inicio de las actuaciones de vigilancia y control, vale decir, cuando el inspector de trabajo inicia sus actuaciones inspectivas, pero no olvidemos que él tiene un plazo determinado para realizar sus actuaciones, entonces qué sucede cuando excede del plazo otorgado para realizar sus actuaciones, la prescripción reanuda su plazo? O es que el plazo se interrumpe en forma indefinida.

Según la Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo para determinar infracciones administrativas será el señalado por las normas especiales y en caso de no estar determinado será de cinco años contados desde la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó si fuera una acción continuada, para nuestro tema de estudio, el plazo determinado por la ley especial coincide con el plazo máximo fijado por la ley general en su artículo 233.

El plazo de prescripción solo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado por más de un mes por causa no imputable al administrado.

Notemos que la regulación de la prescripción en la Ley del Procedimiento Administrativo General se encuentra en el título cuarto, que sí resulta aplicable para el procedimiento de inspección y más aún para el procedimiento sancionador.

En la inspección laboral, tenemos que el plazo de prescripción se interrumpe con el inicio de las actuaciones inspectivas, y se vuelve a interrumpir con el inicio del procedimiento sancionador, pero si el expediente se encuentra paralizado por más de un mes sin motivo del administrado, el plazo de prescripción se reanuda.

Aunque la norma no lo señale expresamente, somos de la opinión de que la interrupción del plazo de prescripción durante el procedimiento inspectivo solo se mantiene por el plazo que debe durar el procedimiento y que está señalado en la orden de inspección, si el procedimiento no se tramita dentro del plazo otorgado al inspector de trabajo y está inactivo por más de un mes estamos frente a la paralización del procedimiento por causas no imputables al administrado o sujeto inspeccionado, con lo cual se reanuda el plazo de prescripción.

Grafiquémoslo con el ejemplo siguiente:

El inspector de trabajo recibe una orden de inspección el 10 de agosto del 2008 para verificar el cumplimiento del pago de gratificaciones legales, inicia sus actuaciones el 20 de agosto de 2008 y tiene un plazo de 20 días hábiles para actuar, concluye el mandato contenido en la orden de inspección emitiendo acta de infracción que determina el incumplimiento del pago de la gratificación de Fiestas Patrias del año 2008 acta emitida el 12 de noviembre de 2012, posteriormente se apertura el procedimiento sancionador el 25 de noviembre de 2012, el sujeto inspeccionado presenta sus descargos el 7 de diciembre de 2012 y aún se emite resolución de primera instancia el 23 de julio de 2014.

El pago de la gratificación de Fiestas Patrias de 2008 se debió realizar en la primera quincena de julio de 2008, el incumplimiento se genera desde el 16 de julio de 2008, como las actuaciones inspectivas se iniciaron el 20 de agosto de 2008 se interrumpió el plazo prescriptorio, y hasta ese momento **solo corrieron 1 mes y 6 días,** el plazo para llevar a cabo las actuaciones venció el 16 de setiembre de 2008, como quiera que el expediente puede estar paralizado menos de un mes sin que ello reanude el plazo prescriptorio, otorguemos un mes más sin que corra la prescripción que se reanudaría desde el 16 de octubre de 2008 hasta el inicio del procedimiento sancionador que fue el 25 de noviembre de 2012, y **han transcurrido 4 años, 1 mes y 10 días,** el plazo nuevamente está interrumpido, el inspeccionado ha presentado sus descargos y la autoridad tiene 15 días hábiles para emitir resolución y aún la ley general le otorga un mes que el expediente puede encontrarse paralizado, cuya interrupción concluiría el 28 de enero de 2013, y hasta el momento de la resolución de sanción **han transcurrido 1 año, 5 meses y 25 días**, en total el plazo prescriptorio se ha dado en **5 años, 8 meses y 11 días.**

En el ejemplo dado, la facultad de la autoridad inspectiva para determinar sanciones habría prescrito, y si ello es alegado por el inspeccionado en su recurso de apelación, pues la autoridad tendría que declarar la prescripción de su facultad sancionadora y el sujeto inspeccionado quedaría impune frente a los incumplimientos laborales detectados.

Pareciera que los procedimientos inspectivos no son tan largos ni tediosos, pero puede darse que en muchas direcciones o gerencias regionales tenemos procesos que datan de varios años sin resolución definitiva, corriéndose el grave riesgo de que la facultad sancionadora prescriba con lo cual se diluye la fuerza que tiene la inspección del trabajo para la vigilancia del cumplimiento de las normas sociolaborales.

VII. CONCLUSIONES

1. La prescripción es una figura que regula la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo para el titular del derecho, y también determina la imposibilidad de la administración de sancionar por el transcurso del tiempo.

2. La prescripción de los derechos laborales es de cuatro años para acudir a un tribunal contados a partir del cese, y es de cinco años para que la administración ejerza su facultad de sancionar los incumplimientos de normas sociolaborales contados desde que se cometió la infracción o desde que cesó si fuera continuada, y en ambos casos solo es declaración por petición de parte por medio de su defensa.

3. Considerando que los plazos prescriptorios no son iguales para el titular del derecho que para la administración, es que existirían derechos que bien se pueden reclamar en juicio como otros que se pueden reclamar ante la inspección laboral obteniendo resultados diferentes.

4. Como la facultad de la autoridad inspectiva prescribe, es que esta debe tener especial cuidado en no dejar que el transcurso del tiempo impida ejercer su facultad sancionadora y de vigilancia del cumplimiento de normas sociolaborales.

EL PAÍS DE LA INFORMALIDAD: ¿SUNAFIL ES LA RECETA ADECUADA PARA DISMINUIRLA?

BORIS SEBASTIANI ARAUJO[1]

> Se le pregunta a una señora que tiene un puesto informal de ventas: ¿Es usted de izquierda? "No". ¿Es de derecha? "No". ¿Es de centro? "Tampoco". ¿Y entonces? "Es que la política es irreal. A mí lo que me interesa es hacer mi negocio, atender bien a mis clientes, sacar adelante a mi familia, ser una ciudadana no le robo a nadie y que no hace nada ilegal". (Investigación sobre la informalidad de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala).

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas y soluciones de la fiscalización laboral pasan por entender en primer lugar la conducta de a quién se va a controlar. Y ese es el empleador, y en el Perú, el empleador es mayoritariamente informal. Bajo este contexto, la fiscalización laboral debe estar diseñada para atacar a su principal enemigo: La informalidad.

No es tarea fácil, porque el Perú es el sexto país más informal del mundo, lo cual explica que de 15.5 trabajadores en el país, 11.5 son informales. Y para ahondar más, de los 4 millones de trabajadores formales, 1.1 trabajan para el Estado,

(1) Abogado laboralista. Forma parte del Estudio Muñiz.

de manera que en el Sector Privado existen solamente 2.9 millones de trabajadores formales.

Pienso que el sistema inspectivo no ha tenido grandes reformas durante los últimos años, ni siquiera con Sunafil, pues el actual modelo vigente desde antes de Sunafil reposa en un modelo sancionatorio de poca cobertura por la falta de un número suficiente de inspectores para cumplir ese rol fiscalizador. Y esta insuficiencia, es conocida por los políticos. En efecto, en el debate presidencial del 2011, tanto el actual presidente, Ollanta Humala, como su contrincante, la señora Keiko Fujimori ofrecieron, en caso de ganar, contratar 5000 y 8000 inspectores, respectivamente. A la fecha, en el actual régimen no se ha contratado la cantidad de inspectores ofrecidos, pues hoy por hoy existen poco más de medio millar de inspectores en todo el país. Y si bien se han tomado medidas como el notorio aumento de los salarios de los inspectores, el resto de medidas importantes también van por el lado económico, como es el caso del incremento de las multas. Adicionalmente, se creado una unidad especializada en fiscalización laboral como es el caso de Sunafil, estimo que este cambio en sí no importa una reforma por dos razones: Porque la esencia del modelo inspectivo sigue, esencialmente, siendo el mismo: sancionar; y porque el destinatario de las inspecciones, sigue siendo, mayoritariamente, también el mismo de siempre: el empleador formal. De este modo, tenemos un sistema de fiscalización realmente marginal que no se aplica fundamentalmente al amplio sector informal del país.

Considero que la informalidad no solo se combate con leyes, pues legislar es insuficiente. Se requiere de un control a las áreas que normalmente nunca son fiscalizadas, como es el amplio margen de empleadores informales que dan trabajo a esos 11.5 millones que no están registrados en planilla. Un ejemplo de que solo legislar es insuficiente es el caso de la Ley Mypes. En efecto, han transcurrido más de 10 años de la implementación del régimen de las mypes, sin los logros esperados. Y no es porque la ley sea defectuosa, porque en realidad es una ganga emplear gente con el régimen laboral de la microempresa. Estimo que los logros de la Ley Mype, hubieran tenido mayor cobertura si es que se difundiera más la ley, y si es que el Ministerio de Trabajo tuviera un área de formalización laboral que tenga por objetivo formalizar determinada cantidad de empleadores al año, y cumplida la meta se les pague un bono a los inspectores que cumplan con dicha meta, de tal manera que con el transcurso de los años, el índice de informalidad se reduzca notoriamente.

Soy de la posición de que la informalidad se combate comprendiendo sus causas. Y a causa de la informalidad es el razonamiento matemático del empleador informal: “Es más barato ser informal”. La idiosincrasia peruana suele ser

así, no solamente en lo laboral, sino en lo tributario, en lo comercial, e inclusive en lo coloquial.

La presente ponencia tiene como objetivo proponer la implementación de una Sub Dirección de Formalización Laboral, que tenga como único objetivo fiscalizar empresas informales, es decir, aquellas que no existan en los plames declarados ante la Sunat, a fin de incluirlas en ese sistema de declaración mensual o bien como micro o pequeña empresa, o bien como grandes empresas. La creación de esta suerte de Cofopri laboral, no existe como debiera en el plan fiscalizador de la Sunafil, porque si bien dentro del abanico de roles de la Sunafil o de las gerencias regionales, existe la atribución de formalizar a los informales, lo cierto es que en la práctica es una función desplazada, pues si no fuera así, la tasa de informalidad en nuestro país hubiera decrecido notoriamente, y no tímidamente como ha venido sucediendo, y creo que el Estado puede ser más agresivo, de manera que esto justifica la creación de un área especializada en formalización e inclusión laboral.

II. COMPRENDIENDO EL PROBLEMA, COMO ESTRATEGIA

Parafraseando a Hernando de Soto, puedo decir que la informalidad no es otra cosa que la no aplicación del Derecho en las relaciones laborales de las personas. Si es así, entonces el problema reposa en saber por qué se prefiere transitar por el camino de la informalidad.

Juan Chacaltana señala que "el proceso de formalización del empleo es bastante complejo y parece ser multicausal" (CHACALTANA JANAMPA, Juan. *Relaciones Laborales en el mundo*, publicado por la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, p. 346). Al respecto, Víctor Ferro ha descrito muy bien las distintas razones que originan este problema, como por ejemplo cuando señala que asumir el costo de ser formal supone el peligro de que la empresa se extinga: "Desde perspectivas sociológicas, la informalidad puede ser abordada como una respuesta de amplios sectores de la sociedad ante la exclusión y la falta de empleo de calidad o como el resultado de la percepción que los sectores marginales tienen del Estado al cual no le reconocen legitimidad para exigir el pago de tributos de cuyos beneficios no participan (...) Así, estas precarias unidades económicas difícilmente lograrían subsistir si deben asumir los costos de la formalidad, en los que exigencias fiscales, administrativas, y municipales, aunadas a los costos laborales, se erigen como vallas infranqueables" (FERRO, Víctor. *Trabajo y Seguridad Social*. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Váldez, Grijley, p. 140). O también al señalar que el pago de las cargas sociales, y las retenciones

tributarias que el empresario tiene que realizar como empleador, son vistas como dinero que se echa al agua, y que no viene de vuelta como suelen pensar los empresarios, pues estos siempre piensan que un desembolso tiene que generarles un beneficio, en efecto: "A ello debe sumarse una profunda desconfianza hacia la labor del Estado. Los tributos son vistos como una carga que no les representa contraprestación alguna. Servicios elementales como saneamiento, seguridad, salud o educación son percibidos como obligaciones básicas que el Estado no atiende. Si a ello se agrega la percepción de corrupción generalizada, incluyendo al Estado, no resulta difícil entender que la renuencia al cumplimiento de obligaciones fiscales tiene también un componente que cuestiona la autoridad moral del Estado para cobrar tributos". (Ferro. Ibídem). O también por la costumbre mental de que si es informal "no pasada nada" precisamente por la estrecha cobertura que tiene el Estado para controlar las actividades de los empleadores en sus relaciones de trabajo: "Es claro que si a las consideraciones que se han detallado se agrega una suerte de impunidad ante el incumplimiento, tendremos un estímulo adicional para la informalidad" (Ferro. Ibídem). O también por esa suerte de compensación mental del empleador al pensar que dando trabajo, pese a ser informal está contribuyendo al crecimiento de su país, pues no se está cometiendo ningún delito: "Conceptuamos al trabajo informal como aquel de naturaleza personal, efectuado por cuenta ajena, con fin lícito, pero desarrollado al margen del ordenamiento legal vigente y ciertamente obviando su registro ante las autoridades competentes". (Ferro. Ibídem). Además, "fuera de occidente lo marginal es la legalidad, mientras que la extra legalidad se ha vuelto la norma" (Hernando de Soto). Como se aprecia, todas estas razones provienen de una percepción que cómo el empresario encara la realidad a la hora de hacer negocios, de manera lo más importante para él, es comercializar, vender, crecer, sostenerse y sobre todo conservar el negocio, pues la gran mayoría de microempresas no llegan a los 5 años, pues muchas fracasan en el intento.

Hay más causas: La iniciativa o el pleno consentimiento del mismo trabajador que prefiere recibir un sueldo bruto sin descuentos, sin pagar el aporte previsional y sin tributar renta de quinta categoría. Y esto es revelador: La informalidad laboral proviene de dos voluntades: O bien del empleador, o del mismo trabajador que no desea percibir el salario neto, sin retenciones. Una arista de este tema, es bien resumido por Richard Webb respecto al sistema previsional privado: "El tercer error fue subestimar el fuerte incentivo a la informalidad creado por el aporte retenido en planilla. Si bien estas sufren varias retenciones con objetivos sociales, la que más incentiva la informalidad es la pensión obligada, por su alto monto, y porque es la que menos valor tiene en la percepción del trabajador. (Richard Webb, 4 de agosto, diario *El Comercio*). En este contexto, bien dice Daniel

Ulloa: "El reino del Derecho del Trabajo pierde súbditos no solo porque hace difícil el acceso a su territorio mediante la imposición de reglas o costos incómodos de seguir generalmente por el contratante del servicio sino también porque no ha pedido modernizar o adecuar sus instituciones hacia aquellas que la economía empezó a generar, fortaleciendo la idea de su inutilización. Así, la legislación civil o mercantil acoge a estos nuevos ciudadanos, ofreciéndoles lo mínimo para su sustento y el máximo ingreso inmediato, y, paulatinamente, van reduciendo la población del reino laboral" (ULLOA MILLARES, Daniel. *Trabajo y Seguridad Social*. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Váldez, Grijley, p. 113). En consecuencia, el rol del Estado no solo pasa por cambiar el esquema mental del empleador informal, sino que en algunos casos será necesario explicar al trabajador que desea seguir siendo informal los beneficios para él y para el resto del país, de ser formal. En esta línea, el reconocido economista, Pedro Pablo Kuczynski señala que: "La informalidad deprime los sueldos. Si nos deshacemos de la informalidad, que será un proceso que toma un montón de tiempo, las remuneraciones van a subir y las empresas van a invertir en bienes de capital; sería una fuente de crecimiento muy grande". (Diario *El Comercio*, 27 de julio de 2014), por lo tanto, la mejor inversión a corto, mediano y largo plazo, es ser formal. Y no es tarea fácil porque si bien las nuevas generaciones han crecido "gracias a la informalidad" (Rolando Arellano, diario *El Comercio*, 10 de agosto de 2014), el país hubiera crecido más si se hubiera sido formal, porque el sendero de la informalidad implica menos cobertura de salud, menos inclusión social, menos estándares de calidad de vida. Efectivamente, el trabajo informal implica subdesarrollo. Al respecto Carlos Adrianzén sostiene que: "Una de las más implacables disquisiciones de subdesarrollo es atribuida al difunto escritor mexicano Octavio Paz. Según esta, el subdesarrollo implica el incumplimiento de la ley. Para quienes, de cuando en cuando, nos preguntamos por qué razones nuestros estándares promedio de vida están tan –pero tan– lejos de los de un norteamericano, un alemán o un canadiense, esta enunciación presenta particular utilidad. ¿Pero qué tiene la legislación peruana que nos subdesarrolla? La legislación peruana (y sus incontables leyes, decretos, resoluciones, circulares y normas de todo cuño y ámbito) tiene mucho de incumplible. Cuando una nación presenta un entorno legal inteligente y transparente –que no traba el desarrollo de mercados competitivos, el cumplimiento de contratos, la apertura al comercio e inversiones y mantiene un régimen monetario que no roba con inflación– no deja de crecer. Y si este marco se mantiene predecible por décadas, se desarrolla. (Carlos Adrianzén, 6 de agosto 2014, diario *El Comercio*).

Por lo tanto, comprendiendo el problema de esta manera, los inspectores de esta Sub Dirección de Formalización laboral, debieran ser una suerte de vendedores

de un paquete de formalización que sea atractivo para el empleador y trabajador informal. La diferencia con un vendedor común es que el inspector tiene la facultad coercitiva para que el empleador informal se acoja a este combo de beneficios propio del empleador formal, en consecuencia el rol del Estado es determinante en esta ardua tarea porque dependerá de que se implemente esta política para alcanzar ese deseado nivel en azul de la tasa de formalidad tan deseado por los Ministros de Trabajo y por los presidentes de la República para elevar la tasa del bien común que sus gobiernos generan.

III. ENSAYOS DE SOLUCIÓN

Bien dice Ferro: "El enfoque tradicional en nuestro país ha consistido en establecer a través de la ley y de modo general mayores y mejores beneficios laborales, al margen de todo análisis respecto a su viabilidad económica para afrontar su costo y sin detenerse a evaluar el efecto que ello pueda tener en la problemática de la informalidad". (Ferro. Ibídem, p. 152). Precisamente, esa es la regulación laboral de las grandes empresas, las del régimen laboral común. Y por décadas la principal queja del sector empresarial era que los costos laborales son muy caros, y es por ello que el Estado comprendió este problema, y en por ello se emitió la Ley de Mypes, hace más de una década, una ley que pese a que abarata los costos laborales no ha generado los resultados esperados, pienso que por la poca difusión de sus bondades. En efecto, Ferro señala que: "Pretender que el remedio de la informalidad pase por un esfuerzo aislado y centrado en la disminución de derechos laborales, no es si no un mero espejismo carente de toda viabilidad que significaría partir del supuesto falso que las culpas de la informalidad deben cargarse sobre los derechos laborales". "Tampoco asumimos que la quimera de pretender que disminuyendo los derechos laborales vaya a obtenerse que automáticamente las micro y pequeñas empresas vayan a formalizarse y acudan presurosas ante las autoridades competentes a registrar a sus trabajadores" (Ferro. Ibídem, p. 156). El error del Estado en este tema pasa por tres causas: La primera fue publicar la ley sin implementar un ente que se encargue de difundir agresivamente las virtudes de la Ley, pues la difusión ha sido tímida. La segunda, reposa en el pase de la jurisdicción de la Ley Mypes del Ministerio de Trabajo al Ministerio de la Producción, lo cual aplaza la reducción de la tasa de informalidad. El tercer error fue obviar la creación de un ente que se encargue de formalizar empresas. Por lo tanto, la solución a estos tres problemas son claves para este asunto. En ese sentido, la difusión de la Ley de Mypes no debe ser la tradicional, la típica de un programa de televisión un sábado a mediodía o la de los eventos académicos a

los cuales acuden normalmente representantes o abogados del sector formal. Es más, a la hora en que se transmite el programa, el empleador informal está trabajando, y porque a los eventos académicos no va el empleador informal porque en esos momentos está haciendo dinero. Entonces la difusión tiene que ser personalizada, de puerta en puerta, de puesto a puesto, de módulo a módulo, de tienda en tienda, de fábrica en fábrica y así hasta completar la meta de la reducción de la tasa de informalidad laboral. Para que la difusión sea efectiva, tiene que ir acompañada de una orden de inspección y de una sanción en caso el empleador no se formalice. Naturalmente, se necesitará contratar a un buen grupo de inspectores especializados en formalización laboral, a quienes se les pague un bono diferenciado no por sancionar empresas, sino por formalizarlas.

La Sunafil es un buen inicio para esto. Si bien tiene autonomía técnica, presupuestal, tiene su propio superintendente, es solo un buen paso, pero es insuficiente. Y sugiero tres medidas concretas para fortalecerla en este objetivo de alcance nacional. Para empezar el superintendente tiene que ser nombrado por el Presidente de la República y no por el ministro de Trabajo, para evitar la rotación prematura y, por ende, no truncar o desacelerar el procedimiento de reducción de la tasa de informalidad. En menos de un año, ya ha habido dos superintendentes, lo cual nos recuerda que este tema aún no tiene pasos sólidos. Segundo, es necesaria la creación de la Sub Dirección de Formalización Laboral que se vincule directamente, cara a cara con la realidad de nuestra arraigada informalidad. Y es que "la inspección representa una atribución estatal de control administrativo del cumplimiento de la ley que se materializa, en general, **en el establecimiento de contactos, de vínculos, de la Administración con la realidad**, en la que aquella adopta una conducta activa de comprobación de la adecuación del ser al deber ser, esto es, orientada a la supervisión de aquella realidad" (García Granara, Fernando, citando a Eduardo Gonzales Biedma, en el libro del Tercer Congreso Nacional de la SPDTSS, p. 296). La tercera es que las inspecciones se realicen siempre como visita inspectiva y no como comparecencia, para evitar sancionar por ausentismo (obstrucción a la labor inspectiva por no asistir a las comparecencias), porque el inspector debe tener claro su objetivo formalizar en vez de sancionar, de manera que la Sub Dirección de Formalización Laboral tenga un grupo de inspectores que trabajen prácticamente todo el día fuera de oficina porque la formalización se conseguiría en las calles no en las oficinas del Ministerio de Trabajo.

En *Los nuevos héroes peruanos* (editorial Planeta) de Daniel Córdova, se narran diversas historias de lecciones de emprendedores que derrotaron la pobreza, casos de La Parada de Lima, de Gamarra, etcétera, nos revelan que en la práctica la convivencia con la informalidad es parte del tránsito al éxito, y que cuando

un empresario se formaliza es que ya está en las grandes ligas porque al comercializar tanto dinero, sus proveedores le exigen facturas, y al hacerlo ya comienzan a declarar rentas ante la Sunat, lo cual implica que formalicen las relaciones laborales que administran. Daniel Córdova relata un sinfín de historias que permiten al lector comprender que pese a la bonanza de estos emprendedores hay costumbres tan arraigadas en ellos que podría resumirlos en el diálogo narrado en el rótulo de esta ponencia, de manera que ante situación diferenciada, se requiere de una fiscalización diferenciada, en la que el Estado ataje el problema y vaya a los negocios de los emprendedores informales para formalizarlos.

Lo que propongo no es muy complejo, más bien es algo simple y que requiere de una voluntad política para una implementación efectiva. Inclusive esta Sub Dirección de Formalización Laboral sería parte del organigrama de la Sunafil, pero esta no debería ser parte del Ministerio de Trabajo, y por ende sus oficinas deben estar emancipadas del referido Ministerio, tal como sucede con Sunat respecto del Ministerio de Economía y Finanzas. Y si bien el Ministerio de Trabajo ha sido la entidad que ha sido percibida como la que mejor protege los derechos laborales, muy por encima que el juez laboral (encuesta PUCP, mayo 2007 citada por Jorge Toyama en el libro del Tercer Congreso Nacional de la SPDTSS, p. 341), sin embargo, su cobertura es insuficiente, no solo por la cantidad de inspectores (recuérdese que en la exposición de motivos de creación de la Sunafil el propio Ministerio de Trabajo afirmó que se requieren 2100 inspectores para que la atención en la demanda de inspecciones tenga una cobertura razonable), sino también con mejor infraestructura y logística, pues al respecto poco se ha hecho. Existen normas que establecen que los inspectores deben contar con locales debidamente equipados y herramientas que le permitan recoger las pruebas y, por ende, realizar una buena inspección con pruebas inquebrantables antidescargos y antiapelaciones y anticontenciosos administrativos. Un inspector de cualquiera de las áreas de esta nueva Sunafil propuesta debiera tener cámara de fotos, de video, de audio, asignación de movilidad de acuerdo a la necesidad de cada situación, pero hoy por hoy el inspector de trabajo sigue teniendo recursos insuficientes para realizar un desempeño acorde a la velocidad de la informalidad que por ahora lleva una aventada delantera.

Además, la Sub Dirección de Formalización Laboral debe ejecutar un plan de seguimiento, por el cual verifique por dos años, si el empleador que se acogió al plan de formalización cumple con dicho plan, pues en muchos casos los peruanos tienden a estar permanentemente regularizando su situación, y nunca llegan a ser plenamente formales. Cuando el inspector verifique esta formalización sostenida debiera recibir un bono adicional por ello, precisamente por la verificación y seguimiento. Con el seguimiento propuesto, el objetivo es que exista una

formalización plena, y esto beneficia al Estado porque brindaría un servicio público realmente eficiente. En efecto, "Las experiencias de mejora de los sistemas de inspección se vinculan directamente al fortalecimiento de las instituciones del Estado y al mejoramiento de los servicios públicos que se brinda a los ciudadanos. A la inversa, un Estado que no tiene un servicio público eficiente no goza de credibilidad y está sujeto a la crítica ciudadana. Por ello, en estos casos, el fortalecimiento de la inspección va indisolublemente ligada al fortalecimiento de la institucionalidad, del servicio público y de los Ministerios de Trabajo" (Ibídem, García Granara).

En consecuencia, para cumplir con el objetivo de reducción de la tasa de informalidad, la Sunafil con esta Sub Dirección de Formalización e Inclusión Laboral, debieran tener un buen presupuesto, que permita contratar una cantidad de inspectores, que estos tengan las herramientas que les permita registrar la prueba, que tengan el don de saber explicar los beneficios de la formalización para que el empleador informal entienda que financieramente la formalización es más atractiva que la sanción. Y sobre todo, que se haga un seguimiento de la ejecución del plan de formalización. Todo esto importa dinero que nutra al presupuesto destinado a este objetivo. Sin este insumo, cualquier intento quedará en el papel.

IV. EL MOMENTO ES AHORA

Luego de décadas de decrecimiento económico, con reformas agrarias contraproducentes, incapacidad estatal para enfrentar al terrorismo y la hiperinflación, recién a partir de los noventa se implantaron una serie de fundamentales reformas que permitieron al Perú reinsertarse en el sistema financiero internacional y, por ende, convertirse en un país atractivo para el inversionista nacional y extranjero. Hoy por hoy, tras años de crecimiento sostenido, es momento de dar el siguiente paso y dejar de ver a la informalidad como un conviviente no deseado, y comenzar a disminuir su presencia.

En esa línea, Kuczynski, señala que: "La prosperidad nos permitió reducir fuertemente la pobreza y al mismo tiempo mantener una economía con mucha inversión y poca inflación. Para salir adelante necesitamos una buena dosis de realismo. Como bien lo han demostrado los países de gran crecimiento económico, es fundamental refrescar periódicamente las fórmulas del crecimiento con nuevas reformas: La reforma más difícil pero la que más beneficios traería sería promover la formalización para la gran mayoría de trabajadores peruanos que hoy no la tienen. ¿Qué hacer? Es fundamental crear un régimen tributario que facilite la

incorporación de las centenares de miles de pequeñas empresas a un sistema formal: menor IGV, menor tasa del impuesto a la renta para todas las empresas, un incentivo especial para las que eran informales y luego se formalicen, y un sistema de seguro de desempleo para los nuevos trabajadores que se incorporen a la fuerza laboral que sea más económico que el actual sistema de CTS (que sí se mantendría para los trabajadores ya formalizados). Obviamente este tipo de propuestas recibirá oposición de algunos sindicatos, los cuales representan en su mayoría a los trabajadores públicos pero tienen poca representatividad industrial. Tenemos que aprender de lo que está pasando en Europa: sistemas laborales demasiado controlistas, como por ejemplo el francés, han generado altas tasas de desempleo, mientras que otros más abiertos, como el alemán, el holandés, o el británico, han generado mucho más empleo. Los peruanos necesitan trabajo formal. Esta es la reforma difícil que se requiere si realmente queremos industrializarnos" (Pedro P. Kuczynski , Domingo 10 de agosto del 2014, *El Comercio*).

Ciertamente, el proceso de formalización en el país ha estado avanzando en promedio un 1% anual en la última década. Si es que se mantienen las condiciones actuales (lo cual dudo porque la economía es variante y la política también), a este paso en 60 años tendríamos una tasa de informalidad mínima de un dígito, si es así, ¿por qué alargar ese plazo en vez de reducirlo con la implementación de una entidad especializada en reducir la informalidad?

Es el gran paso que nos falta como país. Y la herramienta es la Sub Dirección de Formalización Laboral, adscrita a la Sunafil realmente autónoma, con una buena cantidad de inspectores especializados para tal fin, con buena logística y con un sistema salarial por resultados. Pero, la Sub Dirección de Formalización Laboral es solo una herramienta fundamental, pero no es la solución.

V. BUSCANDO UNA SOLUCIÓN INTEGRAL

No basta con la creación dela Sub Dirección de Formalización Laboral para solucionar el problema, pues su implementación debe estar aparejada de medidas laborales que jueguen para el mismo lado, teniendo en la mira el mismo objetivo, como un equipo de fútbol que juega de manera coherente, sin contradicciones.

Como bien dice Giuseppe Casale, "los Ministerios de Trabajo deben estar en una posición tal que puedan participar activamente en la creación de agendas de políticas económicas gubernamentales, incluyendo el establecimiento de

procesos de diálogo con otros ministerios y agencias de comercio, finanzas e industria" (CASALE, Giuseppe. "Diálogo Social y Buena Gobernanza". En: *Relaciones Laborales en el Mundo*, p. 413). En efecto, la creación del trabajo es consecuencia del riesgo de un empresario en realizar una inversión. De manera que Sunafil no debe ser ajena a dicha realidad, de manera que su accionar, debe implicar coordinaciones con el congreso y con el poder ejecutivo para que en la controversia se dicten medidas coherentes para lograr el objetivo de la reducción de la tasa de informalidad. En tal sentido, hay tres aspectos en la regulación laboral que deben tenerse en cuenta:

- El primero es el aumento de la RMV. La Comisión de Productividad y Remuneración Mínima Vital del Consejo Nacional de Trabajo ha establecido que puede aumentarse la RMV siempre que se cumplan tres condiciones: Que no exista recesión en la economía, que el nuevo importe no sea mayor al 50 % del sueldo promedio y que el nivel de informalidad laboral en el país no sea mayor al 60 %. Al respecto hay que considerar además que la economía peruana no es uniforme, porque cada región tiene sus propios índices económicos, y cada empresa tiene su propia realidad financiera. Por ello, para cumplir con el objetivo de reducir la tasa de informalidad, es necesario regular la RMV sobre la base del tamaño de la empresa y de la región en la que se desarrolla la relación laboral, con el objeto de tener un sistema de sueldo mínimo diferenciado que no disminuya el porcentaje de formalización del empleo en el país. Aumentar la RMV bajo el esquema tradicional, sin tomar en cuenta el nivel de productividad y precios que no son iguales en todo el país, afecta el proceso de formalización. Bajo este contexto, toda medida política laboral de regulación no debe dejar de lado dicho derrotero. En efecto, la economía tiene una teoría que explica que cuando se fija un salario mínimo por encima del nivel de mercado se genera desempleo e informalidad, tal como sucede en Venezuela que tiene la RMV más alta de algunas regiones del interior del país, en promedio un 10 % de más, de modo que en dichas zonas se generaría informalidad si es que se mantiene el sistema del incremento tradicional. Pienso que es momento de aplicar la Ley de Pymes que dispone que las microempresas deben tener su propia RMV la cual puede ser menor a la actual, y que sobre la base de este pilar se fijen RMV por tamaño de empresa y por regiones del interior del país a fin de no afectar el proceso de disminución de informalidad. Por ello es que no debe aumentarse la RMV como se ha hecho en las últimas décadas porque

estamos ante la oportunidad de sincerar el importe y zonificarlo. De este modo, no se afectaría el proceso de formalización.

- Otro ejemplo es el del proyecto de la Ley General del Trabajo. Estancada por temas que de implementarse generarían más informalidad. Las piedras son tres: Reducción de los contratos a plazo fijo, aumento del importe de los indemnizaciones por despido arbitrario, y negociación por rama de actividad. Al respecto, es importante tener en cuenta que los contratos a plazo fijo en nuestro país son absolutamente necesarios porque solo un mínimo porcentaje de empresas superan los 5 años de existencia, y porque la demanda de ventas es siempre variante. En cuanto a la IDA, no hay razones financieramente atractivas para un empresario de aumentarlas a 18, a no ser que, regresemos a la estabilidad relativa, pero ello implicaría un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En cuanto a la negociación por rama en un campo más amplio que el actual, considero que con el arbitraje potestativo los sindicatos tienen un camino mucho más fácil para obtener las mejoras que pretenden. Si se aprueba el proyecto de la Ley General del Trabajo reduciendo el radio de acción de los contratos a plazo fijo, aumentando la IDA a 18 sueldos y ampliando la cobertura de la negociación por rama de actividad, entonces los empleadores informales lo seguirán siendo por razones económicamente válidas. Superados estos temas, considerando no el beneficio del sectario grupo formal en el país, sino el beneficio de la mayoría de la masa laboral, entonces se facilitaría el proceso de formalización laboral.

- Otro, es el de la fiscalización judicial. Considero que es necesario reducir el plazo de prescripción laboral. Por ejemplo, como dice Ferro, "la formalización podría acarrear al microempresario la posibilidad de tener que afrontar demandas por parte de sus trabajadores por todo el periodo en que no les reconoció sus derechos laborales". Pensando en el objetivo final que es disminuir la informalidad, entonces es conveniente disminuir el margen de tiempo para accionar judicialmente contra el empleador a 1 año, de manera que ese tránsito a la formalidad implique mayores beneficios al empleador (al no estar expuesto a demandas laborales) y en general al trabajador informal, pues si todo este paquete de medidas se aplica coherentemente, se facilitará el camino del goce de los beneficios del tránsito a la formalidad. De hecho ya existen antecedentes al respecto como

es el caso del plazo prescriptorio de la demanda de pago de beneficios sociales por responsabilidad solidaria en el caso de las tercerizaciones internas. De otro lado, es necesario evitar la emisión de sentencias contradictorias en los distintos distritos judiciales e inclusive dentro del mismo distrito judicial, para ello es necesario modificar el artículo de la procedencia de la casación de la Ley Nº 26636 y de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que restringen la posibilidad de interponer casación al empleador por la cuantía reconocida en la sentencia de vista. Si deseamos una justicia uniforme, entonces no debiera haber este tipo de restricciones.

La OIT sostiene que la informalidad laboral se reduce con diversificación productiva, educación e inspección laboral. De estos tres factores, hemos tenido mejoras en dos: Diversificación productiva y fiscalización laboral, y esa es la explicación de la reducción del porcentaje de informalidad, en promedio de un 1 % por año, en la última década. Sin embargo, la estrategia puede mejorar ante una realidad que impone constantes desafíos al Estado como ente regulador de las relaciones laborales. El problema está identificado, la solución, seguramente con muchos afinamientos que serán bienvenidos, también. Pero la base está debidamente plasmada.

VI. EPÍLOGO

Cuentan que el que sembró la idea a Hernando de Soto para escribir "El otro sendero" fue Friedrich Hayek. En efecto, en el año 1978, Hayek llegó a Lima y De Soto , estudiante universitario, llevó a Hayek a pasear al centro de Lima, que en aquella época estaba llena de ambulantes y microbuseros. Hayek le dio a De Soto: *Lima es igual a Londres. A Londres? preguntó De Soto. Sí, a Londres del siglo XVIII. Usted no ha leído a Dickens? Preguntó Hayek. Y* añadió*: En los libros de Dickens se describe a la ciudad de Londres del siglo 18 con ambulantes y todo. Esto lo que yo veo aquí, es la emergencia de una economía de mercado de origen popular. Dijo Hayek.*

Del referido diálogo hasta ahora, han pasado muchas cosas en nuestro país. Y si bien es cierto los ambulantes siguen en las calles, muchos de ellos, ahora son formales. Esto es una muestra de que la migración a la formalidad sí es posible, que no podemos quedarnos en el intento y que cada vez sean menos las experiencias como la que pudo ser la de un ciudadano cualquiera, digamos a efectos de esta ponencia, la de un trabajador que acude al seguro social para ser atendido y

que Juan Luis Guerra sabe cantarla con humor: *Hay que chequearte la presión/ pero la sala está ocupada y, mi querido en este hospital no hay luz para un electrocardiograma/ No me digan que los médicos se fueron/ no me digan que no tienen anestesia/ no me digan que el alcohol se lo bebieron/ y que el hilo de coser fue bordado en un mantel/ No me digan que las pinzas se perdieron/ que el estetoscopio está de fiesta/ que los rayos x se fundieron/ y que el suero ya se usó/ para endulzar el café.* (Juan Luis Guerra, el Niágara en Bicicleta). Lo que se dice en esta canción pasa a cada instante en nuestro país, y este momento en la que usted está leyendo esta línea, tenga por seguro, no es la excepción.

En tal sentido, contribuir a comprender que el problema de la fiscalización, va mucho más allá de la creación de normas, o de modificarlas, sino que estas debe responder a una realidad que cada día le sigue ganando la batalla a la estrecha franja de la formalidad. Por ello, es que por ahora, el Perú sigue siendo el país de la informalidad: ¿la Sunafil es la receta adecuada para disminuirla? No. Como ahora está diseñada, no. La reforma debe implicar lo siguiente: Fiscalizar estratégicamente al informal con un departamento especializado en fiscalizar a informales, de manera que Sunafil tenga un determinado número de inspectores para fiscalizar a empresas que presenten planilla electrónica y otro tanto para los que no. Con este agregado, la realidad en el futuro será otra.

LA NUEVA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL PERÚ

LUIS SERRANO DÍAZ[1]

El presente artículo aborda resumidamente la situación actual de la Inspección de Trabajo en el Perú, en un escenario de recientes cambios a raíz de la creación de una nueva institución encargada de fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales denominada: Superintendencia Nacional del Fiscalización Laboral (Sunafil); asimismo el artículo realiza una mirada a la problemática de la inspección del trabajo en el Perú y plantea las propuestas orientadas a superar dicha problemática y lograr el cumplimiento efectivo de los objetivos de la inspección laboral, mediante la nueva inspección de trabajo, en la búsqueda de lo señalado en el Convenio OIT Nº 81; por otra parte resalta que el Trabajo Decente debe ser el eje de acción del Sistema de Inspección del Trabajo en el Perú.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaré, sin duda, un tema de actualidad en nuestro país, así la importancia del tema se da en la medida que plantea una nueva forma de organización de la inspección del trabajo que debe afrontar y validar su eficacia en la realidad, en ese sentido tenemos que el año 2013 se creó la Superintendencia

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Posgrado de Gerencia en la Administración Pública (ESAN). Estudios Avanzados en Derecho Social Universidad de Salamanca España - USAL y PUCP. Inspector de Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral Sunafil - Perú.

Nacional del Fiscalización Laboral (Sunafil), la misma que inició de manera efectiva su funcionamiento a partir del mes de abril del año 2014, luego de su proceso de implementación que todavía continua en el ámbito nacional; la Sunafil surge así como una *institución* especializada, con autonomía funcional, administrativa y presupuestaria, adscrita al Ministerio de Trabajo, que tiene como misión principal la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las normas laborales, así como de seguridad y salud en el trabajo a nivel nacional; ahora bien a pocos meses de su inicio se espera que cumpla con las expectativas de cara a lograr los objetivos de la inspección del trabajo conforme lo indica el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Inspección del Trabajo.

La presente investigación nos lleva también a hacer un recuento y análisis de los fines, objetivos, y desarrollo de la inspección del trabajo en general y de manera particular describir la Inspección del Trabajo en Perú y su perspectiva de futuro. Adicionalmente es una oportunidad especial para resaltar y expresar una opinión particular en el sentido que el Concepto de Trabajo Decente, debe ser el eje del desarrollo del servicio inspectivo, valorando por encima de todo la dignidad de la persona humana y del trabajador.

El escenario VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es un escenario apropiado para abordar y discutir un tema de importancia y actualidad sobre la base del Convenio Nº 81 de la OIT en lo referido a implementar un eficaz Sistema de Inspección Laboral.

Agradeciendo a la organización de este magno Congreso, invito a usted a leer las líneas siguientes.

II. FINES Y DESARROLLO DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

1. Finalidad de la inspección del trabajo

Las razones que sustentan el desarrollo de la inspección de trabajo permanecen desde su origen, no obstante se han fortalecido e incorporado nuevas producto de la globalización y los cambios en los fenómenos productivos.

Conforme lo señala la OIT[2] en la guía para los trabajadores, la misión primaria de cualquier sistema de inspección del trabajo es garantizar el cumplimiento

(2) *Guía para los trabajadores. La inspección del trabajo lo que es y lo que hace*. OIT, Ginebra, 2010.

de las normas laborales, entendiéndose estas como el conjunto normativo nacional destinado a proteger a los trabajadores y sus familias.

La doctrina también ha abordado las funciones de la inspección así: Rendón Vásquez[3] indica que la finalidad primordial de la inspección del trabajo es el control, desempeñándose cual policía del trabajo, añadiendo además que la finalidad de la inspección del trabajo es brindarle efectividad al fin protector del Derecho del Trabajo, del que el Estado debe ser garante y responsable. En tal sentido la inspección de trabajo implica:

a) Un medio de control del cumplimiento de las normas laborales;

b) Un medio de prueba del que las partes pueden valerse; y

c) Un instrumento fundamental para la prevención de conflictos, en la medida en que su práctica oportuna y periódica permite señalar las deficiencias en los centros de trabajo y las infracciones a la normativa.

Ángel Blasco Pellicer y María Amparo García Rubio[4] señalan que los convenios OIT imponen a los estados tener un sistema de inspección de trabajo al que atribuyen tres funciones concretas: la primera, "velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores"; la segunda, "facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores"; y por último como tercera función, se encomienda a los inspectores el deber de poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes".

Adolfo Ciudad[5] indica "que no cabe duda que la mejora y fortalecimiento de los sistemas de inspección del trabajo tienen una gran importancia para la prevención y solución de los conflictos de trabajo, puesto que permiten informar, orientar y asesorar a empleadores y trabajadores para actuar con observancia a las normas legales que regulan las relaciones de trabajo, también permite elevar el grado de cumplimiento de la legislación laboral, a través de la vigilancia y

(3) Ob. cit., pp.164-165.

(4) BLASCO PELLICER, Ángel y GARCIA RUBIO, María Amparo. *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 50.

(5) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "El Nuevo Modelo de Inspección del Trabajo en el Perú". En: 3er Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, 2008.

sanción de las conductas infractoras y transgresoras dentro del marco del respeto de las garantías de legalidad y del debido proceso".

Manuel Carlos Palomeque, refiriéndose a la norma española relativa a la inspección, señala que: **La inspección del trabajo debe orientarse al reforzamiento de la dimensión técnica de la actuación** (asesoramiento, mediación, información, etc.)(6).

En consecuencia, un sistema de inspección adecuadamente organizado y dotado de las facultades y atribuciones suficientes, así como de los recursos humanos y materiales necesarios, contribuirá a la disminución de los conflictos laborales al ser detectados en los centros de trabajo mismos, aun antes que exista reclamación alguna, con los que estos se pueden solucionar antes que se hayan materializado.

2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT Relativos a la inspección del trabajo

Tenemos: El convenio sobre la inspección de trabajo, 1947, (Nº 81), referido a establecimientos industriales y comerciales; la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (Nº 81); la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (Minas y Transporte) (Nº 82); el convenio sobre la inspección de trabajo en la agricultura, 1969, (Nº129);la Recomendación sobre la inspección de trabajo (Agricultura)1969 (Nº 133) y el protocolo de 1995 relativo al Convenio Nº 81 sobre la inspección de trabajo, 1947; los cuales han establecido los criterios generales que deberían observar los sistemas de inspección del trabajo nacionales en lo que respecta a su integración como sistemas unificados, polivalentes e integrados, así como su competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral.

3. La inspección de trabajo y el concepto de trabajo decente

El concepto de "Trabajo Decente" fue acuñado por Juan Somavía, en su primer informe como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1999.

El término fue introducido como respuesta al deterioro de los derechos de los trabajadores que se registró mundialmente durante la década del noventa como consecuencia del proceso de globalización que al margen de generar desarrollo

(6) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: Reflexiones Críticas". En: *Libro Derecho del Trabajo y Razón Crítica*. Salamanca, 2004, p. 381.

económico produjo también mayor desigualdad, desde entonces el concepto de Trabajo Decente fue surgiendo modificándose y evolucionando.

Aparece una primera definición en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999 como: "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social sumándose a ello el tripartismo y el diálogo social".

El mismo documento también da a entender que el Trabajo Decente está relacionado con los cuatro objetivos estratégicos fijados para el programa de la OIT para 2000-2011, que se supone, tenderían a la consecución de un Trabajo Decente. Estos cuatro objetivos estratégicos son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad; y d) el fomento del diálogo social.

La necesidad de abordar y atender la dimensión social de la globalización, genera el surgimiento del concepto de Trabajo Decente(7), lo que permite relacionarla con la función de la inspección del trabajo, en la medida que esta sea un instrumento para contribuir al logro de lo planteado como concepto de Trabajo Decente especialmente en la vertiente del respeto de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la normativa laboral.

III. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL PERÚ

1. Aspectos relevantes y situación actual

El Perú es miembro de la Organización Internacional del Trabajo, y ha ratificado el Convenio 81 de la OIT en virtud del cual se ha comprometido a dirigir sus esfuerzos para lograr que la Inspección del Trabajo sea una herramienta útil y eficaz para la promoción y protección de los derechos laborales.

El Sistema Nacional de Inspección del Trabajo, tal y como se encuentra regulado hoy en día, fue establecido mediante la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada el 22 de julio de 2006. Asimismo, mediante Decreto

(7) La OIT advirtió la necesidad de hacer algo para evitar cuando menos limitar, los efectos perniciosos generados por la globalización. Es ese pues, el contexto en que surge el concepto de trabajo decente. CORNEJO VARGAS, Carlos. "Surgimiento y concepto del trabajo decente". En: *Asesoría Laboral*. Lima, octubre de 2009.

Supremo Nº 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo Nº 019-2007-TR, ha sido reglamentada. Consideramos que actual sistema representa un avance respecto del establecido por el Decreto Legislativo Nº 910, por cuanto, permite plazos de investigación más amplios y otorga a los Inspectores del Trabajo mayores facultades de investigación, así como facultad discrecional, una vez finalizadas las actuaciones de investigación, de adoptar la medida inspectiva que considere más conveniente a la resolución del caso en concreto, lo cual guarda concordancia con su espíritu orientador y de cumplimiento de los derechos laborales.

En lo relacionado a las principales facultades también se encuentra la del acceso libre al centro de trabajo a cualquier hora del día y de la noche, así mismo la facultad de revisar y analizar la documentación necesaria, la de citar al empleador a comparecencia, así como el de contar con el apoyo policial en caso de que las circunstancias lo ameriten, a efectos de realizar la inspección.

En cuanto al número de inspectores actualmente la inspección de trabajo en el Perú cuenta con un aproximado de 327 inspectores laborales (cantidad que incluye a: inspectores supervisores, inspectores de trabajo e inspectores auxiliares) a nivel nacional, de los cuales se concentran la mayoría en la ciudad de Lima un aproximado de 239 inspectores[8], y el saldo de 88 inspectores, en las diferentes regiones del Perú los cuales en su gran mayoría son inspectores auxiliares.

Es de resaltar la reciente creación de la Sunafil, mediante Ley Nº 29981, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y promoción del empleo y que al cual fueron transferidos los inspectores del trabajo señalados en el párrafo anterior desde el 01/04/2014. Conforme a la Ley Nº 29981 se establecerán intendencias regionales en las diferentes Regiones del Perú, sin embargo a la fecha es un tema que aún está pendiente de concretarse.

En cuanto al respeto de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, tenemos: en sintonía con la Declaración de 1998, el artículo 3 de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, establece como una de las finalidades de la Inspección, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales en el orden sociolaboral, en particular, las referidas a los derechos fundamentales en el trabajo; asimismo, dicho artículo consagra la función de orientación y asistencia técnica, siendo ambas funciones (de vigilancia y de orientación) complementarias. Este artículo establece el marco de competencia, el

(8) Número que puede variar por los destaques de inspectores a provincias o regiones.

campo de acción de la Inspección, en ese sentido, permite a la Inspección del Trabajo tener competencia para intervenir ante la vulneración de los derechos laborales contenidos en cualquier norma legal, disposición convencional, reglamentaria y hasta contractual.

Por su parte el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo Nº 019-2007-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, establece: Infracciones clasificadas en: leves, graves y muy graves, atendiendo a la naturaleza y afectación de los derechos laborales y su graduación será determinada en función del número de trabajadores afectados, incrementándose en caso de reincidencia, no obstante las multas se establece topes máximos, lo que podría significar una debilidad dado que para algunas empresas podría ser un monto pequeño. Ahora bien en cuanto a las multas mediante la Ley Nº 29981, que la Sunafil, y el D.S. Nº 012-2014.TR, se incrementó la cuantía de las multas siendo ahora 50, 100 y 200 UIT de multas máximas para las infracciones leves, graves y muy graves respectivamente, y en conjunto podrían formularse una multa que alcance las 300 UIT, aplicándose una gradualidad del 90 % en algunos casos por lo tanto quizá esta sea más disuasiva.

2. Problemática y propuestas orientadas a la mejora del sistema de inspección

2.1. Alternativa para el eficiente cumplimiento de los objetivos de la inspección del trabajo

Corresponde señalar que un aspecto que debe mejorar es el fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo, a partir del establecimiento de una adecuada organización o una nueva forma organizativa que permita un mejor aprovechamiento de sus recursos, acompañada de una planificación estratégica de la misma. Este debe ser un tema de fondo que permita lograr una mejor eficiencia del sistema inspectivo; uno de los factores o consecuencia de ello debe ser orientarse a la una unidad de criterio a nivel nacional para hacer frente a los incumplimientos de los derechos laborales y en especial los fundamentales. En otras palabras a través de una nueva forma organizativa, una entidad autónoma económica, administrativa y funcionalmente, vencer o superar los diversos factores limitantes, sean de carácter económico, social, geográfico, político, etc. Así la reciente creación de la Sunafil[9], mediante Ley Nº 29981 publicada en el diario oficial

(9) La Sunafil tiene por finalidad promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias. Artículo 2 del Reglamento de Organización y funciones de la Sunafil, aprobado por D.S. Nº 007-2013-TR.

El Peruano con fecha 15 de enero de 2013, debería configurarse en la entidad que materialice la mejora que busca un nuevo sistema de inspección y haga frente a la problemática de la fiscalización laboral.

En correlato con lo planteado por la OIT, se debe implementar una adecuada infraestructura a nivel nacional, y con ello me refiero a llevar la protección de los derechos a los lugares más recónditos del país donde exista una relación de trabajo, con lo que la inspección llegará a todos los trabajadores de nuestro territorio, evidentemente esto implica el incremento del número de inspectores y el establecimiento de una adecuada infraestructura.

Estos esfuerzos permitirán contribuir a la función global que hoy tiene la OIT[10] y al desarrollo del Trabajo Decente en un entorno de problemas derivados del dinamismo económico, la globalización y los TLC.

2.2. Mejora organizativa de la Sunafil

En el año 2013, por Ley Nº 29981, se crea la Sunafil, posteriormente se emite el ROF mediante el D.S. Nº 007-2013-TR., y recientemente mediante D.S. Nº 009-2013-TR Se crea el MOF, estableciendo intendencias regionales a lo largo y ancho de nuestro país, esto es sin duda un avance, pero se debe evitar caer en errores pasados, existiendo un núcleo central estas deben estar debidamente articuladas en torno a una sola unidad central de mando, con criterios uniformes, evitando que cada una genere su propias normas y por el contrario actuar en concordancia con la norma o convenio y en armonía entre todas las intendencias. Para lograr la mejora organizativa se debe desarrollar planes de acción basados en estudios de inteligencia laboral, unidad que se creó recientemente[11] con la Sunafil, para no solo actuar en función a las denuncias, sino basado en un plan rigurosamente organizado, con ello mejoraría su eficacia y más personas gozarían de un Trabajo Decente que es lo que finalmente se busca.

(10) Desde su creación la OIT ha propugnado, mediante su actividad normativa al mejoramiento de las condiciones de trabajo, dando así cumplimiento al mandato establecido en su Constitución. HERNÁNDEZ PULIDO, J. Ricardo. "Normas internacionales del trabajo y trabajo decente: el impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el desarrollo económico y social sostenible". En: *Les normes internacionales du travail. Un patrimoine pour l´avenir.* Geneve: OIT, 2004.

(11) Intendencia Nacional de Inteligencia Inspectiva, Es un órgano con autoridad técnico normativo a nivel nacional, responsable de proponer y elaborar la Política Institucional, en materia de inspección de trabajo, así como los planes, normas y reglamentos emite directivas, lineamientos y mecanismos, establece los procedimientos en el marco de sus competencias (…), artículo 31, D.S. Nº 007-2013-TR. Reglamento de Organización y Funciones - ROF de la Sunafil.

2.3. Articulación con los gobiernos regionales

Los gobiernos regionales en nuestro país tienen a su cargo la inspección de trabajo en sus respectivas jurisdicciones, hasta estos días si bien ya se creó la Sunafil, se está implementando aun durante el año 2014, sobre todo en Lima, y en las regiones tomará más tiempo debido a que su implementación será gradual, esto implicaría como señala la norma que los gobiernos regionales sigan en buena cuenta a cargo de la inspección en sus ámbitos territoriales, pero reducidas en su competencia sola a las microempresas(12), y la fiscalización de otras empresas incluso en las regiones estará a cargo de la Sunafil, tema que podría generar un desconcierto, ante ello planteamos como alternativa que la inspección debe estar a cargo de una sola entidad en este caso la Sunafil debiendo derogar las normas que le confieren a los gobiernos regionales la potestad de controlar el trabajo en sus jurisdicciones, esto permitiría un control único y no tener la dicotomía actual, sin embargo y en tanto no se derogue dicha norma la Sunafil y los gobiernos regionales deben establecer y definir, temporalmente, niveles de coordinación y trabajo a efectos de realizar una adecuada inspección laboral y propiciar la formalización y el Trabajo Decente.

2.4. Ampliación del ámbito de aplicación a la economía informal y nuevas formas de empleo

Con relación a este punto debemos recordar que el Trabajo Decente, abarca no solo al trabajo formal sino también a la denominada economía informal, en ese sentido la inspección de trabajo también debe velar y fiscalizar por que el Trabajo Decente se cumpla no solo en el ámbito formal, sino también en el ámbito informal para ello, debe ampliar su accionar al trabajo autónomo y el ámbito informal, aplicando su función orientadora, fiscalizadora y de propuesta legislativa, en concordancia con el Convenio 81 de la OIT. En la mayoría de economías las personas con un contrato formal son un porcentaje menor, lo que quiere decir que un buen porcentaje de hombres y mujeres que trabajan lo hacen en la economía informal, sin condiciones aceptables y muy alejadas de lo que es el Trabajo Decente, en este sentido el accionar de la inspección laboral es importante porque extendería su actuación(13) al trabajo en el sector informal, en su desarrollo la

(12) Los gobiernos regionales en el marco de las funciones establecidas en el artículo 48 literal f) de la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, desarrollan y ejecutan, dentro de su respectivo ámbito territorial todas las funciones y competencias señaladas en los artículos de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo con relación a las microempresas sean formales o no (…), 2do párrafo del artículo 3 de la Ley Nº 29981, Ley de creación de Sunafil.

(13) Artículo 7, Convenio OIT 150, Sobre la Administración del Trabajo. A fin de satisfacer las necesidades del mayor número posible de trabajadores, cuando lo exijan las condiciones nacionales, y en la medida en que la administración del trabajo no haya abarcado ya estas actividades, todo Miembro que ratifique

inspección podría comprender planes de formalización laboral, que incluyan los compromisos de formalizarse por parte de quienes se encuentran en el ámbito informal. Del mismo modo la inspección laboral entendida como señala el convenio 81 OIT, es dinámica y se adapta a los cambios de la sociedad, por ello debe extenderse a nuevas formas de producción y fenómenos laborales como, los grupos de empresa, transmisión de empresa, el teletrabajo, Trabajadores migrantes, etc.

2.5. Mejora de la capacidad de propuesta legislativa de la inspección laboral

El Convenio 81 OIT, en su artículo 3, nos indica que también es una función de la inspección del trabajo proponer modificaciones legislativas, necesarias o formular nuevas, en tanto el inspector de trabajo está en contacto directo con la realidad laboral y puede percatarse de los vacíos legales de forma directa, en ese sentido, se debe utilizar con mayor énfasis esta función, ahí donde el inspector laboral identifique hechos que deberían estar bajo la egida protectora del derecho del trabajo, debe actuar con iniciativa que permita superar los vacíos legales que se presentan en la aplicación de las normas legales vigentes. Así, por ejemplo, producto del avance de la tecnología y la globalización tenemos que cada vez se presenta de manera más frecuente una nueva forma de trabajar denominada el teletrabajo, y que no está contemplada de manera específica dentro del ámbito de inspección laboral, por lo que se puede plantear su regulación específica en dicha materia así como su tipificación como infracción laboral ante supuestos de vulneración de derechos laborales.

2.6. Propuesta para una verdadera carrera inspectiva

La Ley de inspección laboral del Perú, Ley Nº 28806, establece solo tres niveles[14] o categorías de inspector, iniciando con el cargo Inspector Auxiliar, teniendo la posibilidad de ascender a un segundo nivel de Inspector de Trabajo, y luego a Inspector Supervisor; estos tres escaños o categorías en realidad no configura

---

el presente Convenio deberá promover, gradualmente si fuera necesario, la ampliación de las funciones del sistema de administración del trabajo, a fin de incluir actividades, que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de vida profesional de determinadas categorías de trabajadores que, a efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo, tales como:(a) los pequeños agricultores que no contratan mano de obra exterior, los aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas; (b) las personas que, sin contratar mano de obra exterior, estén ocupadas por cuenta propia en el sector no estructurado, según lo entienda este la práctica nacional;(c) los miembros de cooperativas y de empresas administradas por los trabajadores; (d) las personas que trabajan según pautas establecidas por la costumbre o las tradiciones comunitarias.

(14) La carrera del inspector del Trabajo está conformado por tres grupos ocupacionales, correspondientes a los supervisores inspectores, inspectores del trabajo e inspectores auxiliares. Inciso 2.1, artículo 2 Reglamento de la Carrera del Inspector de Trabajo, D.S. Nº 021-2007-TR.

una verdadera línea de carrera, al ser muy corta y restringida, máxime si la reciente creación de Sunafil, establece una estructura orgánica[15] de distintos niveles y puestos de trabajo, a la cual el inspector de carrera no podría acceder, es por ello que la actual estructura debe ser superada y modificada o reemplazada por un línea de carrera verdadera, brindando la posibilidad al inspector laboral de ascender desde su ingreso como inspector auxiliar, pasando por la ocupación de cargos intermedios como subintendente, e intendente regional, hasta llegar al máximo cargo de Superintendente.

Otro aspecto importante es brindar la garantía de estabilidad laboral que señala el art. 6 del Convenio 81 de la OIT, contratando a los inspectores laborales bajo un único régimen laboral y que brinde estabilidad. Con la creación de la Sunafil se espera que esto termine y se uniformice o establezca un solo régimen de contratación de los inspectores de trabajo, siempre garantizando la estabilidad y derechos de los inspectores.

2.7. Aumento del número de inspectores laborales y capacitación del personal inspectivo

El número de inspectores está por debajo de los estándares, en tal sentido se debe lograr un número suficiente para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones, así se requiere de la contratación de un mayor número de inspectores sobre la base mínima de 1 inspector por 20,000 trabajadores que es el promedio para economías en transición. Asimismo, se debe capacitar de manera permanente a los inspectores de trabajo[16], mediante diplomados, maestrías, intercambio y pasantías internacionales, etc. a efectos de fortalecer sus conocimientos, logrando verdaderos especialistas en temas laborales y de seguridad y salud en el trabajo.

2.8. Mejora del sistema de cobranza coactiva

Es otro de los aspectos de problemática y que requiere un cambio y fortalecimiento, el sistema de inspección, aplica sanciones ante incumplimientos, es decir termina con la imposición de una multa, cuando hay incumplimientos a las normas laborales, no obstante esto ocurre que esta muchas veces no es ejecutada

(15) La Sunafil, para el cumplimiento de sus fines, cuenta con la estructura básica siguiente: a) Alta dirección: Consejo Directivo y Superintendente; b) Tribunal de Fiscalización Laboral; c) Órganos de Línea; d) Órganos de apoyo; e) Órganos desconcentrados. Artículo 7 de la Ley Nº 29981, Ley que crea la Sunafil.

(16) Los servidores de la Carrera del Inspector de Trabajo accederán al sistema de capacitación permanente, cuya política está a cargo de la dirección Nacional de Inspección (…) Inciso 5.1, y ss. Del artículo 5, Reglamento de la Carrera del Inspector de Trabajo, D.S. Nº 021-2007-TR.

o su ejecución toma demasiado tiempo por lo que, no termina corrigiendo las conductas infractoras, debido a que su aparato de cobranza coactiva, no logra efectivizar las multas impuestas en plazos breves, dilatándose en el tiempo, y en otros otorgando facilidades de pago que implican pago en muchos meses, esto lamentablemente hace que algunas empresas prefieran ser multadas –en la idea que no se les cobrará o si esto ocurre será después de mucho tiempo– antes de cumplir con los derechos laborales, por ello que ante esta problemática se plantea reorganizar el sistema de cobranza coactiva, convirtiéndolo en un aparato dinámico y ágil, que implique acuerdos con institucionales para que las empresas infractoras, no puedan comercializar con el Estado, y se pueda decretar el embargo de las cuentas de sus cuentas y ser registradas ante las centrales de riesgos, de manera que la imposición de una multa por haber incumplido sea además de una afectación patrimonial una forma de disuasión o corrección de conductas atentatorias de los derechos laborales, porque se afecta en muchos casos derechos fundamentales y el Trabajo Decente. Cabe resaltar que muchas regiones del país tienen realmente agudizada esta problemática donde las deudas laborales por multas, no pueden ser ejecutadas, ante ello se hace necesario que la nueva inspección del trabajo establezca un sistema más apropiado de cobranza.

2.9. Mecanismos de coordinación intersectorial

La coordinación intersectorial, debe ser un punto que debe enfatizarse en el sistema inspectivo, debido a que los beneficios son diversos, así tenemos la obtención de mayor información y data adecuada para enfocar los puntos críticos y de mayor incidencia de incumplimientos, es posible lograr data respecto de empresas formales y de aquellas en proceso de formalización o creadas que cuentan con licencia de funcionamiento pero que no registran trabajadores, la cantidad de trabajadores asegurados, la cantidad de empresas que son microempresas, pequeñas empresas, etc. con lo cual se puede elaborar mejores planes y estrategias de actuación de la inspección del trabajo, por otra parte la cooperación intersectorial, también puede darse en temas vinculados, por ejemplo en materia de seguridad social, la inspección del trabajo ve el registro en la seguridad social, la SBS[17] supervisa su pago, en el caso de trabajo infantil podemos observar que la cooperación intersectorial es necesaria, así se requiere la cooperación de Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, y la Inspección del Trabajo. En materia de seguridad y salud en el trabajo, también puede darse esta cooperación intersectorial, entre Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Energía y

(17) Superintendencia de Banca y Seguros.

Minas, Ministerio de Salud, Economía, etc. Por otra parte tenemos que también se puede usar la cooperación interinstitucional para lograr un efectivo cumplimiento de las multas impuestas por la inspección del trabajo, referidas líneas antes, al establecer convenios con las centrales de riesgo, contratistas a efectos de que las empresas que tienen deudas por multas figuren en dichos registros y en caso no hayan pagado las sanciones válidamente impuestas proceda incluso su exclusión del sistema de contrataciones con el estado en tanto asuman sus obligaciones pendientes. Esto contribuirá a lograr y mejorar la cultura de responsabilidad y respeto de derechos laborales.

2.10. Adecuada infraestructura y uso de herramientas tecnológicas para la inspección laboral

En cuanto a la infraestructura no es la ideal ni suficiente y adecuada, ante este hecho, la propuesta es dotar de adecuada infraestructura física: oficinas, mobiliario, equipos, etc. que cumplan estándares de calidad y seguridad y salud en el trabajo. Así también dotar a los inspectores de instrumentos técnicos necesarios para el cumplimiento de sus tareas especialmente en el área de seguridad y salud en el trabajo. La inspección de trabajo debe utilizar las diferentes herramientas tecnológicas que existe hoy en día, como la plataforma virtual, bases de datos, redes, la internet, etc., esto permite mejorar la comunicación con los usuarios[18] y a la vez hacer más accesible y flexible, a efectos de recibir las denuncias e información estadística, logrando una inspección "virtual", que proporcione información previa y coadyuve a desarrollar mejor la tarea inspectiva. Es por ello que en correlato con lo planteado por la OIT, se debe implementar una adecuada infraestructura con los medios tecnológicos necesarios a nivel nacional, contando con una base de datos adecuadamente disgregada, por sexo, salarios, lugar geográfico, etc. esto sería importantísimo para la adecuada elaboración de los planes anuales y estrategias de inspección así como proporcionar información confiable para la administración del trabajo en concordancia con el convenio 160 de la OIT[19]. Con

(18) Por ejemplo en Colombia se tiene el inspector virtual, una aplicación en la página web del Ministerio de Trabajo donde las personas pueden comunicarse con los inspectores y pueden presentar sus denuncias.

(19) Convenio 160 OIT sobre estadísticas del Trabajo, Artículo I, Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a recoger, compilar y publicar regularmente estadísticas básicas del trabajo, que, según sus recursos, se ampliarán progresivamente para abarcar las siguientes materias: (a) población económicamente activa, empleo, desempleo, si hubiere lugar, y, cuando sea posible, subempleo visible; (b) estructura y distribución de la población económicamente activa, utilizables para análisis detallados y como datos de referencia; (c) ganancias medias y horas medias de trabajo (horas efectivamente trabajadas u horas pagadas) y, si procediere, tasas de salarios por tiempo y horas normales de trabajo; (d) estructura y distribución de los salarios; (e) costo de la mano de obra; (f) índices de precios del consumo; (g) gastos de los hogares o, en su caso, gastos de las familias y, de ser posible, ingresos de los

ello se llevaría también la protección de los derechos laborales a los lugares más recónditos del país donde exista una relación de trabajo, con lo que la inspección llegaría a un gran porcentaje de los ciudadanos que tienen un vínculo laboral, evidentemente esto implicará el incremento del número de inspectores acompañado del establecimiento de una adecuada infraestructura lo cual tendría como impacto un mayor Trabajo Decente.

2.11. Propuesta de modificación de la Ley General de Inspección del Trabajo

En relevante proponer: insertar el Trabajo Decente en las funciones y facultades de la inspección del trabajo. En esa perspectiva incluir en el artículo 3 de la Ley Nº 28806 (Ley General de Inspección del Trabajo), y en el Reglamento de dicha Ley, este concepto que es fundamental y se basa en la dignidad de la persona, orientando de esta manera todo el sistema inspectivo en función de las dimensiones del Trabajo Decente, para legitimar el mismo y para su cumplimiento efectivo reduciendo de esta manera la inmensa brecha que existe entre las normas legales existentes y su cumplimiento efectivo. Finalmente, es importante recordar que la OIT señala que el concepto de trabajo Decente es un concepto en construcción y se ajusta a la naturaleza de cada país en ese sentido habiendo revisado la doctrina e investigado la realidad nacional es que postuló una definición sobre el Trabajo Decente, en los siguientes términos: "Trabajo Decente es aquel en el que la dignidad de la persona es respetada a plenitud, por consiguiente se respeta sus derechos fundamentales, se otorga a cambio un salario justo, se promueve la negociación colectiva y el diálogo social, se respeta la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas".

Para finalizar esta investigación la cual he resumido por los parámetros establecidos debo señalar que los aspectos relevantes y las propuestas desarrolladas constituyen quizá las más urgentes e importantes orientadas a la mejora de la inspección del trabajo para el logro del Trabajo Decente, no son las únicas ni es una lista cerrada pues las condiciones particulares de nuestro país así como el dinamismo económico y nuevas formas de producción implican que se pueden también generar nuevas formas y estrategias para cumplir finalmente la función del inspección de trabajo siempre orientándola a la generación de mayor Trabajo Decente.

---

hogares o, en su caso, ingresos de las familias; (h) lesiones profesionales y, en la medida de lo posible, enfermedades profesionales; (i) conflictos del trabajo.

IV. CONCLUSIÓN

Una nueva inspección del trabajo debe afrontar y validar su eficacia confrontándose con la realidad, en ese sentido tenemos que la creación en el Perú de la Superintendencia Nacional del Fiscalización Laboral- Sunafil, una institución especializada, con autonomía funcional, administrativa y presupuestaria, cuya misión principal es la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo a nivel nacional, que ya está en funcionamiento actualmente tiene el reto de lograr efectivamente los objetivos de la inspección del trabajo como una nueva inspeccion de trabajo, conforme lo indica el convenio 81 de la Organización internacional del Trabajo relativo a la Inspección del Trabajo.

En nuestro país, particularmente la fiscalización laboral tiene su propia compleja problemática que resolver, la forma de afrontarla debiera ser estableciendo líneas de acción como las señaladas en la presente investigación sobre la base del Trabajo Decente, buscando con la inspección del trabajo lograr que la dignidad de la persona se respete a plenitud, por consiguiente se respete sus derechos laborales fundamentales, se otorgué a cambio un salario justo, se promueva la negociación colectiva y el diálogo social, se respete la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas. Con lo que finalmente se contribuirá a lograr ese equilibrio que tanto se anhela y busca entre empresa y trabajo, entre empleador y trabajador.

V. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO VALDÉS, Luis. *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. 1ª ed., AELE, Lima, 2011.
- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Palestra Editores, Lima, 2013.
- BALBÍN TORRES, Edgardo. *Trabajo decente: Diagnostico Nacional Perú*. Red Laboral Andina - RELA, Programa Laboral de Desarrollo - PLADES.
- BECOND, David y otros. "Siete indicadores para medir el Trabajo Decente. Comparación Internacional". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 122, Nº , Ginebra, 2003.
- BLASCO PELLICER, Ángel y GARCÍA RUBIO, María. *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Editorial Tirat lo Blanc.

- BOZA PRÓ, Guillermo. *La Inspección Laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú*.

- CABERO MORÁN, Enrique. *El Rol constitucional de la Administración Laboral y su función de garantía del respeto de los derechos laborales*. Guía de Clase 2013.

- CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los Derechos Humanos laborales en el derecho internacional*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

- CASTILLO, Santiago. *Estado y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*. Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2007.

- CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "Un nuevo modelo de la inspección del trabajo en el Perú". En: 3er Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, 2008.

- CORNEJO ESPINOZA, Carlos Alberto. *El Trabajo Decente en el Perú*. Tesis para optar el grado de magister - PUCP, 2010.

- DÍAZ MAX, Louis. *Organización y funcionamiento de los servicios de inspección de trabajo en América Latina*.

- ESPINOZA, Malva. *Trabajo Decente y protección social. Eje para la acción sindical*. Oficina Internacional de Santiago, 2003.

- FIELS, Gary. "El Trabajo Decente y las Políticas de Desarrollo". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Nº 2, volumen 122, OIT, Ginebra, 2003.

- GAMERO REQUENA, Julio H. "El Trabajo Decente en el Perú, una mirada al 2011". En: *Soluciones Laborales*. Nº 58, octubre de 2012.

- LEE, Eddy. "Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 125, Numero 2, Ginebra, 1997.

- MALDONADO MUJICA, Enrique. *Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio*. Lima, marzo de 2008.

- MASTROPASQUA, Rafael. "La Inspección de trabajo en la República de Argentina". En: *Inspección del Trabajo para el Siglo XXI*. Santiago de Chile, 2010.

- MERCADER UGINA, Jesús. *Derecho Administrativo Laboral*. Guada Impresores, Valencia 2004.

- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: Reflexiones Críticas". En: *Libro Derecho del Trabajo y Razón Critica*. Salamanca, 2004.

- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Teoría General I*. Grijley, Lima, Perú, 2007.

- ROMERO MONTES, Francisco Javier. "La Ley federal de México y la legislación Peruana". En: *Boletín ADAPT*. University Press, 2013; *La Jubilación en el Perú*. Lima, 1993.

- SACO, Raúl. "Clausulas sociales en los tratados internacionales de comercio". En: *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1ª ed., Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

- SAMAMÉ MORANTE, Raúl. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Tribunal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2006.

- SERRANO DÍAZ, Luis Alberto. "La Inspección Laboral y su Problemática en el Perú". En: *Soluciones Laborales*. Año 6, número 65, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

- SOMAVIA, Juan. *Trabajo Decente*, Memoria del Director General, OIT, 1999.

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y RODRIGUEZ GARCIA, Fernando. *Manual de Fiscalización Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

- UGARTE CATALDO, José Luis. "La inspección del trabajo en Chile Vicisitudes y desafios". En: *Revista latinoamericana de Derecho Social.* Nº 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, enero-junio de 2008, .

- ULLOA MILLARES, Daniel. "La Inspección Laboral en Lima: Sugerencias para su mejoría". En: 3er. Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, 2008.

- VEGA RUIZ, María Luz. *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después*. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, OIT, 2006.

- VERA JATOBA. *Inspección del trabajo en el marco de la modernización de la administración del trabajo*. Oficina regional para América Latina y el Caribe Proyecto CIMA OIT, Chile, 2002.

- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo y otros. *Trabajo Decente: Diagnostico subregional Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú*. Red Laboral Andina - RELA. Programa Laboral de Desarrollo- PLADES. Lima 2010.

- WEIL, David. *Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo*. Organización Internacional de Trabajo 2008.

TERCER TEMA

LA INFORMALIDAD, LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LOS REGÍMENES PREVISIONALES

PONENCIAS OFICIALES

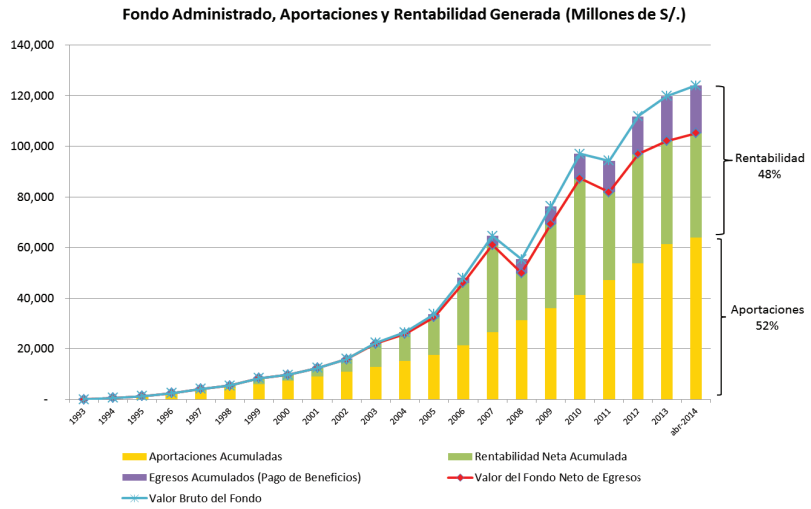
RESULTADOS Y RETOS DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP)

MARÍA ISABEL TALLEDO[1]

I. RESULTADOS

1. Crecimiento dinámico de los Fondos Administrados

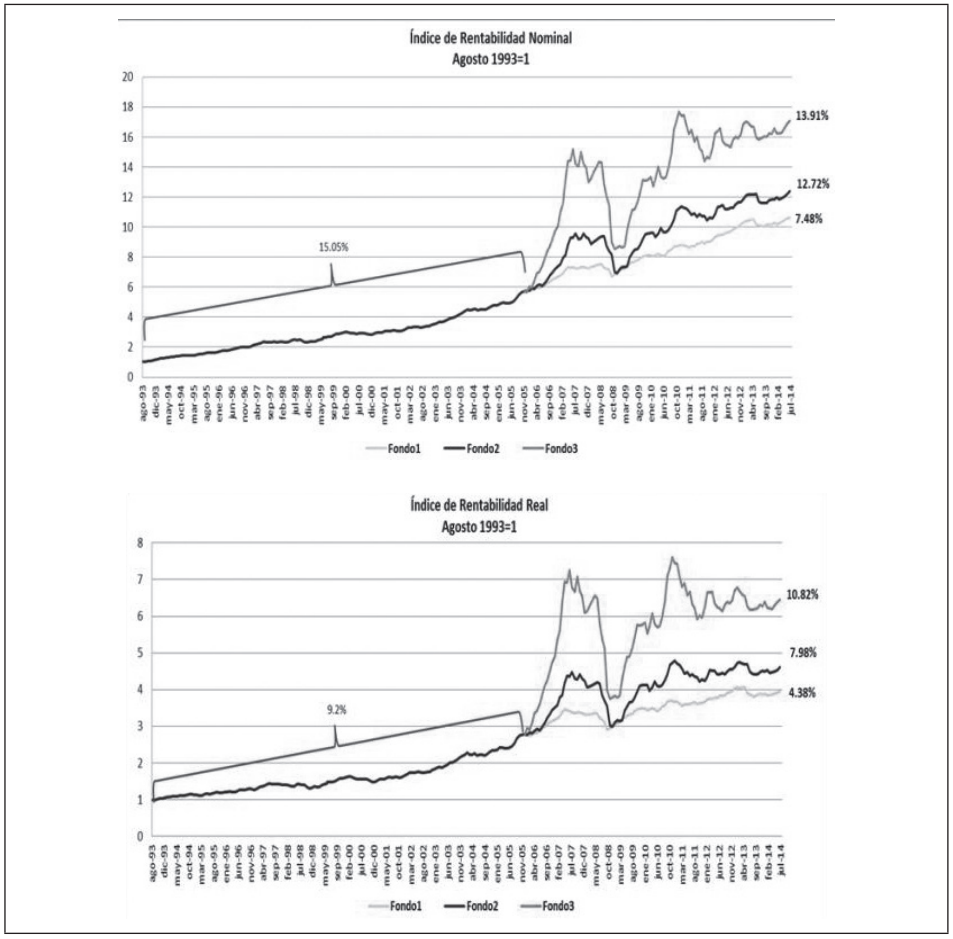
La rentabilidad de los fondos administrados por las AFP ha sido muy alta desde la creación del sistema, en 1993. Esto ha permitido que a abril de 2014 casi la mitad de la cartera administrada por las AFP (S/. 105,105 millones) corresponda a la rentabilidad generada por las inversiones de los aportes de los afiliados.



Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP

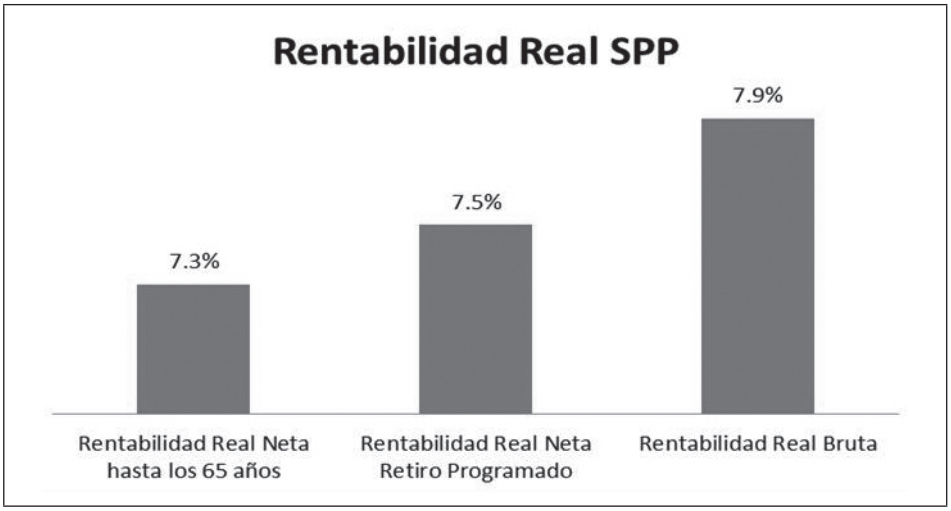
(1) Asesora de la Presidencia de la Asociación de AFP.

A julio de 2014 la rentabilidad nominal promedio anual obtenida por el SPP desde el inicio de sus operaciones fue de 12.7 % mientras que la real fue 7.9 %. Asimismo, la rentabilidad nominal obtenida por los multifondos desde su creación fue de 7.5 % para el Fondo 1, 12.7 % para el fondo 2 y 13.9 % para el fondo 3, mientras que la real fue 4.4 %, 8.0 % y 10.8 % respectivamente.



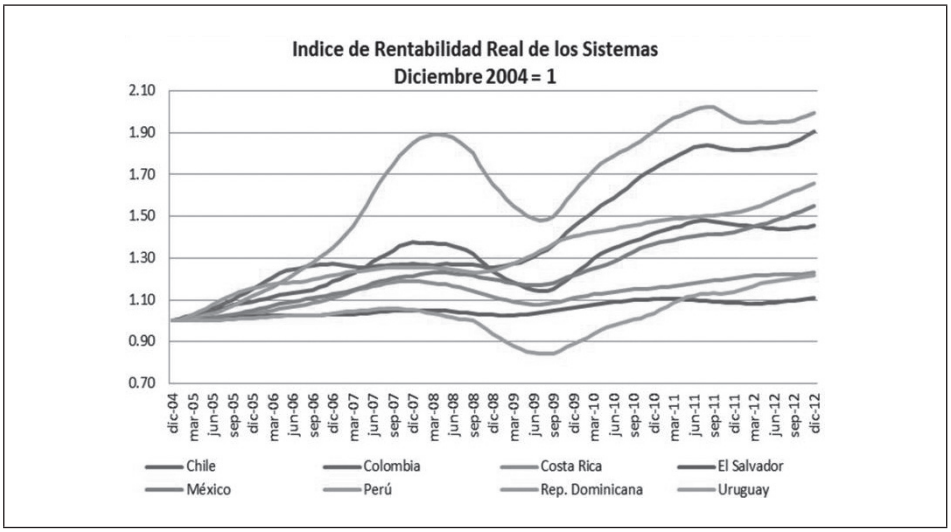
Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Más aún, la rentabilidad en términos netos de comisiones ha sido alta. A julio de 2014 la rentabilidad real neta que tendría un jubilado bajo el esquema de retiro programado sería de 7.5 %, mientras que la rentabilidad real considerando las comisiones pagadas hasta los 65 años (antes de jubilarse) sería de 7.3 %.



Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Entre los años 2005 y 2012 las AFP peruanas fueron las más rentables de la región, con un promedio anual de rentabilidad real de 10.53 %. Este resultado se dio a pesar del poco desarrollo del mercado de valores local y la limitación regulatoria existente para las inversiones. Adicionalmente si la rentabilidad es ajustada por riesgo, el SPP peruano se ubica 4° en el *ranking* de países.

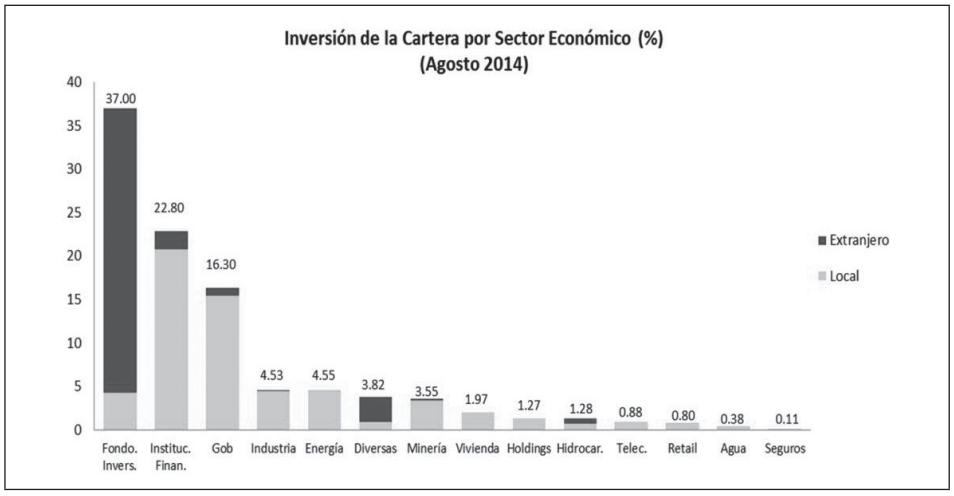


2005 - 2012	Rentabilidad real promedio	Desviación estándar (rentabilidad real anual)	*Sharpe ratio* (rentabilidad ajustada por riesgo)	*Rank*
Perú	10.53 %	0.18	0.59	4
Colombia	8.77 %	0.09	0.95	3
Rep. Dominicana	6.69 %	0.06	1.13	1
México	5.77 %	0.06	1.05	2
Chile	5.44 %	0.11	0.47	7
Uruguay	3.10 %	0.11	0.28	8
Costa Rica	2.77 %	0.05	0.54	5
El Salvador	1.33 %	0.03	0.50	6

Fuente: AIOS.
Elaboración: AAFP.

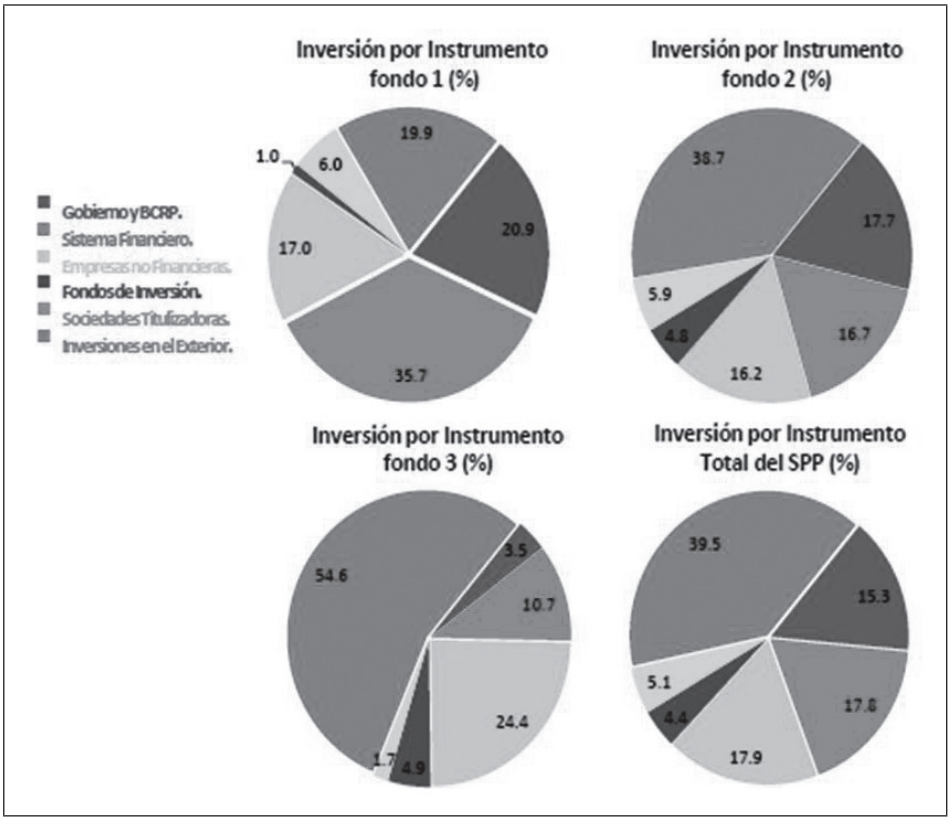
2. Inversión de la Cartera Administrada por las AFP

Las AFP realizan inversiones en distintos sectores económicos como estrategia para diversificar su cartera y obtener la mayor rentabilidad posible para sus afiliados. Los sectores en los cuales se realizan las mayores inversiones a nivel doméstico son: intermediación financiera (Instituciones Financieras 35 %), gubernamental 26 %, industrial 8 % y energético 8 %. Por su parte la inversión extranjera se concentra en los sectores de: intermediación financiera (Fondos de inversión 83 % e Instituciones Financieras 5 %) y gubernamental.



Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Los principales instrumentos en los cuales invierten las AFP son: Cuotas de Fondos Mutuos del Exterior (33 %), los cuales incluyen a los fondos de fondos los cuales no invierten en activos financieros sino que toman participaciones en otros fondos de inversión, Bonos del Gobierno Central (14 %), Acciones y Valores Representativos sobre Acciones de Empresas no Financieras Locales (12 %) y, Certificados y depósitos a Plazo (9 %).



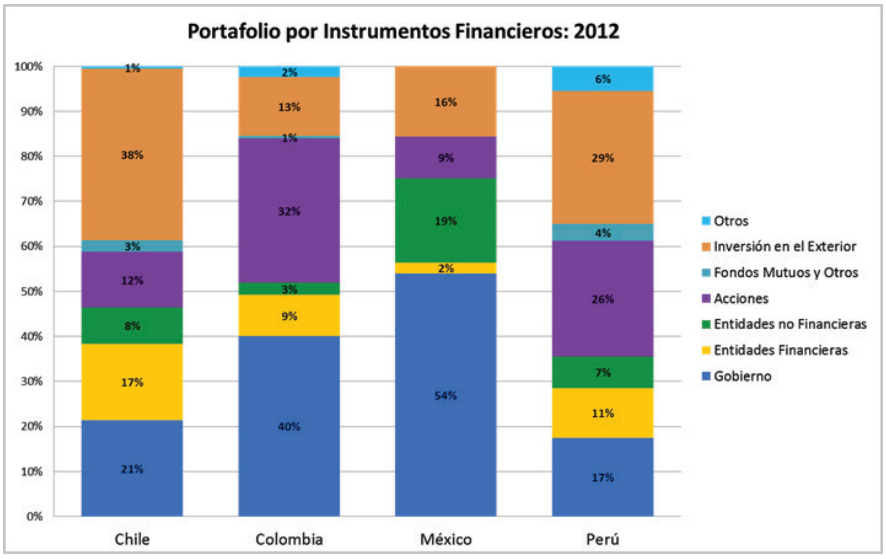
Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Asimismo, las AFP cuentan con límites de inversión impuestos por la SBS de acuerdo al tipo de fondo e instrumento a invertir. La exposición a los tipos de instrumento depende del objetivo de cada uno de los fondos de pensiones, siendo el fondo 3 el más expuesto a instrumentos variables.

LÍMITES DE INVERSIÓN POR TIPO DE FONDO Y TIPO DE INSTRUMENTO					
Tipo de fondo	**Renta variable**	**Renta fija**	**Derivados**	**Certificados / Activos en depósitos**	**Instrumentos alternativos**
	Máx.	**Máx.**	**Máx**	**Máx.**	**Máx.**
Preservación o fondo (Tipo 1)	10 %	100 %	10 %	40 %	-
Mixto o Fondo 2 (Tipo 2)	45 %	75 %	10 %	30 %	15 %
Crecimiento Fondo 3 (Tipo 3)	80 %	70 %	20 %	30 %	20 %

Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

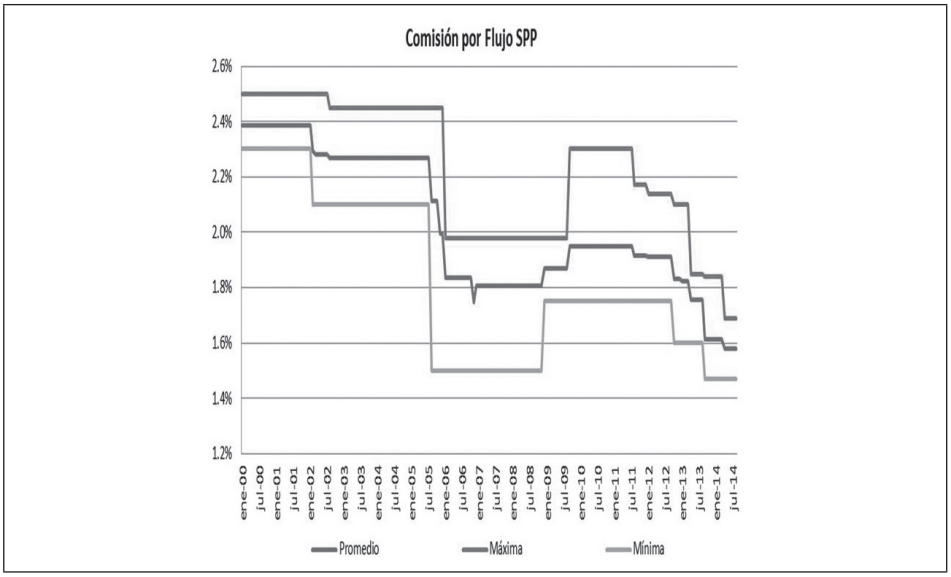
Comparada con la cartera de otros países, la cartera de Perú tiene el grado de diversificación más balanceado, con una menor exposición a instrumentos del Gobierno Central.



Fuente: AIOS.
Elaboración: AAFP.

3. Comisiones

Las comisiones de las AFP se han venido reduciendo a medida que el SPP se ha desarrollado.



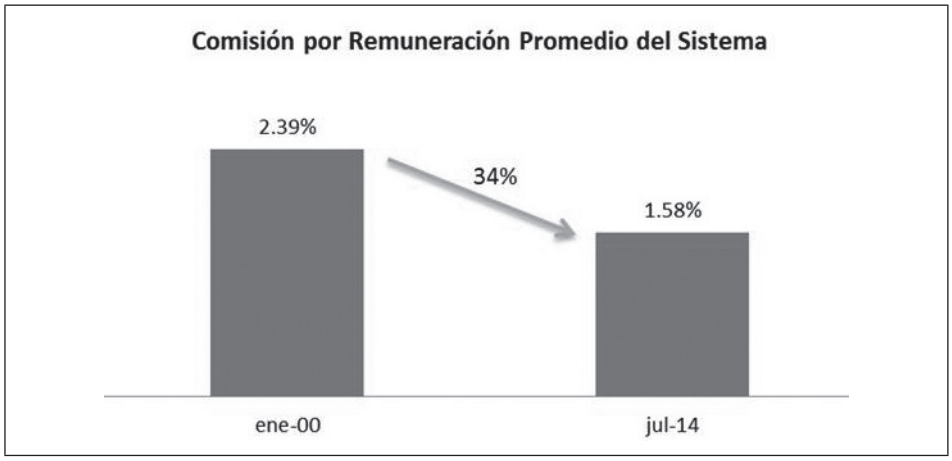
Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

A partir de las reformas en el 2012, se ha dado paso a la implementación de un nuevo esquema de comisiones el cual concentra al 66 % de afiliados y considera un componente sobre flujo y otro sobre saldo.

AFP	Comisión del salario antes de la reforma	Comisión del salario despúes de la primera subasta	Comisión % del salario después de la segunda suabsta	Comisión Mixta		Julio 2014		
				Comisión del salario	Comisión anual nuevas contribuciones a los actios bajo administración	Comisión del salario	Comisión Mixta	
							Comisión del salario	Comisión anual nuevas contribuciones las activos bajo administración
Profutuo	2.14 %	2.10 %	1.84 %	1.49 %	1.20 %	1.69 %	1.49 %	1.20 %
Horizonte	1.95 %	1.89 %	1.85 %	1.65 %	1.40 %			
Integra	1.80 %	1.74 %	1.74 %	1.55 %	1.20 %	1.55 %	1.45 %	1.20 %
Prima	1.75 %	1.60 %	1.60 %	1.51 %	1.90 %	1.60 %	1.51 %	1.25 %
Promedio sin habitat	**1.91 %**	**1.83 %**	**1.76 %**	**1.43 %**	**1.43 %**	**1.61 %**	**1.48 %**	**1.22 %**
Habitat								
Promedio								
con Habitat	1.91 %	1.83 %	1.76 %	1.37 %	1.40 %	1.58 %	1.23 %	1.23 %

Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Asimismo la comisión sobre remuneración se redujo en promedio 12 % a raíz de la licitación de afiliados. A julio de 2014 la comisión promedio por administración según el esquema por remuneración es de 1.58 %.

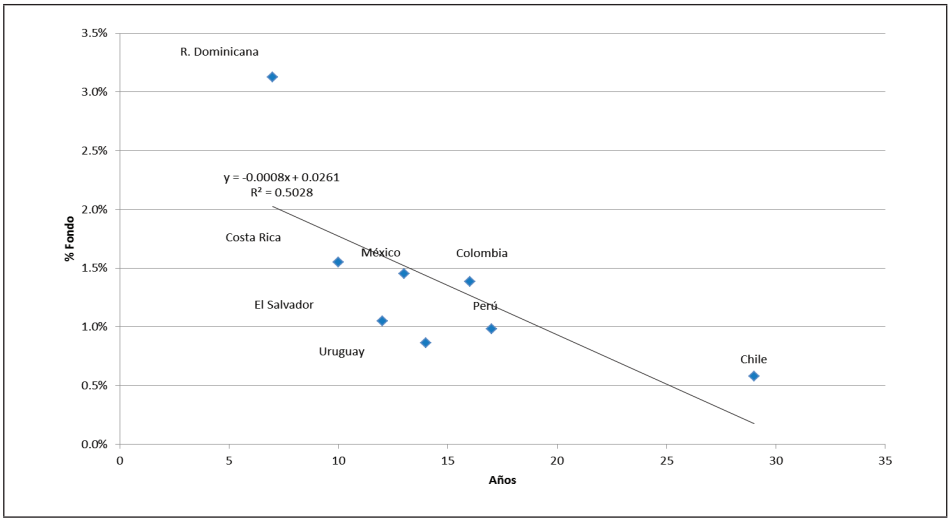


Elaboración: Asociacion de AFP.
Fuente: SBS.

AFP	Julio 2014		
	Comisión flujo	Comisión mixta	
	Comisión % del salario	Comisión del salario	Comisión anual sobre saldo
Profututo	1.69 %	1.49 %	1.20 %
Integra	1.55 %	1.45 %	1.20 %
Prima	1.60 %	1.51 %	1.25 %
Habitat	1.47 %	0.47 %	1.25 %
Promedio	**1.58 %**	**1.23 %**	**1.23 %**

Elaboración: Asociacion de AFP.
Fuente: SBS.

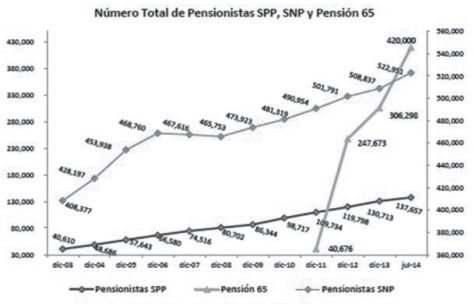
A medida que el Sistema Privado de Pensiones se desarrolle las comisiones tenderan a reducirse. Muestra de esto son países como Chile que cuenta con un gran fondo de pensiones y ha alcanzado una importante reducción en sus comisiones luego de 30 años de SPP.

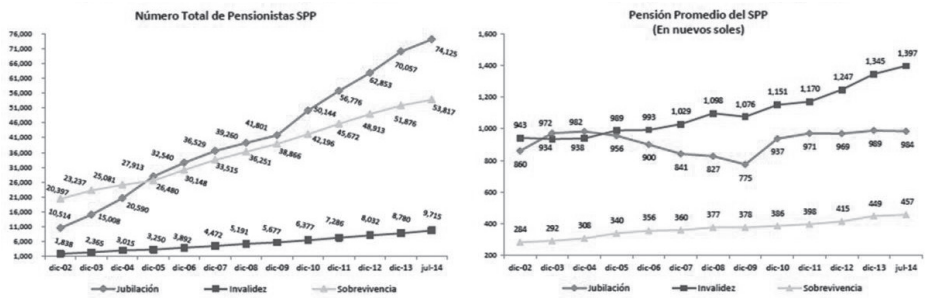


Fuente: FIAP.
Elaboración: AAFP.

4. Pensiones en el SPP

El número de pensionistas del SPP ha venido creciendo en 12 % anual en los últimos 10 años y actualmente llega a 135,637, de los cuales 74,125 son pensionistas de jubilación, 53,817 de sobrevivencia y 9,715 de invalidez. Ninguno de los pensionistas ha aportado al SPP un ciclo laboral completo, razón por la cual existe un sesgo a la baja en el nivel de las pensiones. La pensión de jubilación promedio pagada por el SPP es S/. 984 por mes, 145 % mayor a la del Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

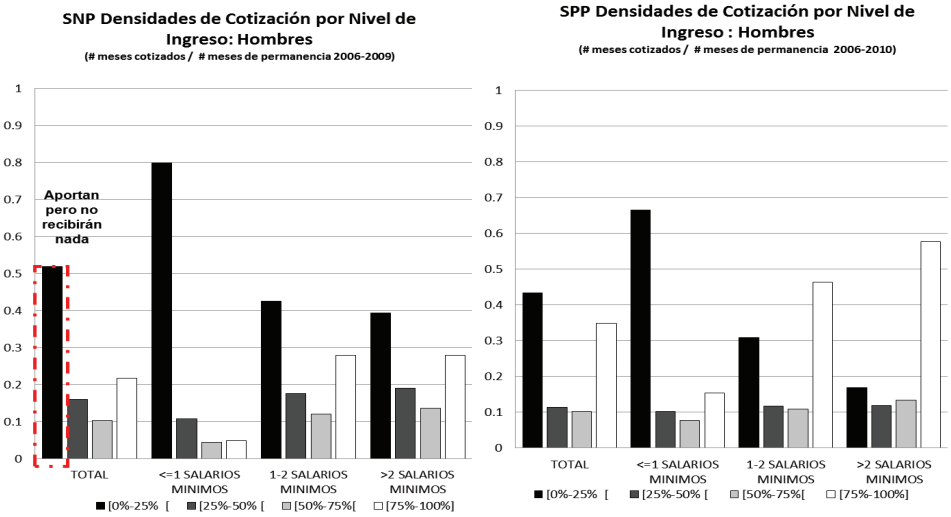




Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

Respecto al SNP, el 52 % del total de cotizantes aporta entre 0 y 3 veces al año, el 16 % entre 3 y 6 veces, el 10 % entre 6 y 9 veces y el 22 % todo el año. Los afiliados al SNP con bajos niveles de cotización no alcanzarán a tener pensión debido a no contar con los 20 años de aporte mínimos para acceder a ella.

Asimismo, el 43 % de los cotizantes al SPP cotizan entre 0 y 3 veces al año, el 12 % entre 3 y 6 veces, el 10 % entre 6 y 9 y el 35 % todo el año. Los afiliados al SPP sin importar su nivel de cotización siempre reciben pensión.



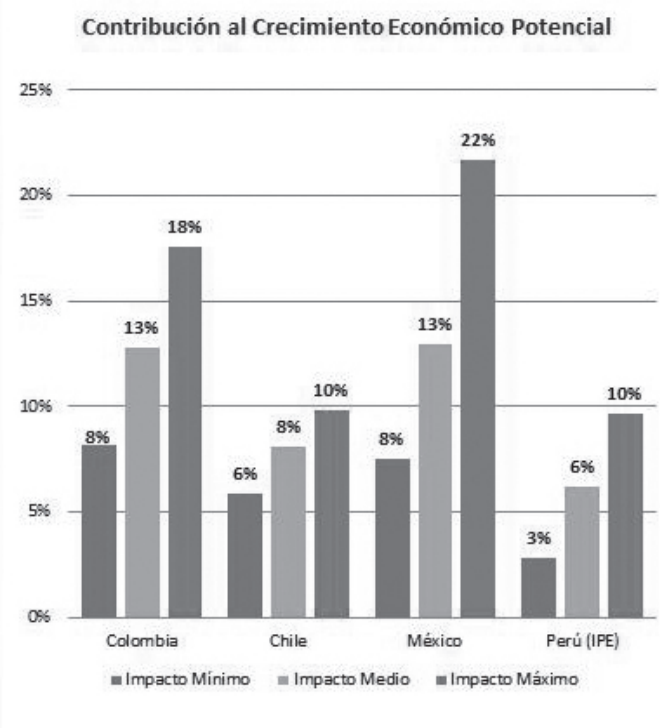
Fuente: SBS y ONP.
Elaboración: AAFP.

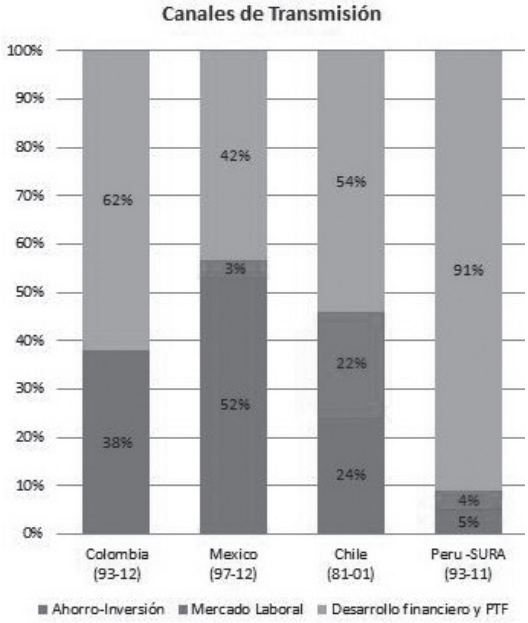
5. Impacto del SPP en la economía

El impacto del SPP sobre la economía es multidimensional y de largo plazo. Este se da a través de tres canales: ahorro-inversión, mercado laboral y mercado financiero.

En Perú, el 6.2 % del crecimiento económico potencial es explicado por el desarrollo del SPP y el mayor impacto generado se da a través de su efecto en el desarrollo del mercado financiero (91 % del impacto total).

Este efecto se generó a partir de la acumulación riqueza invertible por parte de los fondos de pensiones, lo que originó una mayor oferta de fondos dirigida hacia el sistema financiero y el mercado de capitales, los cuales desarrollaron nuevos instrumentos y productos con el fin de captar la inversión de las AFP.





Fuente: Contribución del Sistema Privado de Pensiones al Desarrollo Económico de Latinomamerica. SURA Assat Management, 2013.
Elaboración: AAFP.

El SPP canaliza los fondos de los afiliados permitiendo financiar grandes proyectos a un menor costo de capital para las empresas lo cual permite un incremento en el *stock* de capital e impulsa el crecimiento de los sectores productivos y el empleo. Es por esto que las AFP son reconocidas como los inversionistas institucionales más importantes del país.

II. RETOS

1. Normativo

Existe un escenario complicado debido a las frecuentes propuestas de cambios en la normativa del SPP, no obstante que se viene implementado la reciente Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. A la fecha existen 24 Proyectos de Ley Activos en el Congreso de la República que buscan reformas relacionadas al cobro de las comisiones, a los trabajadores independientes, aportes impagos a las AFP, aportes voluntarios, cambio a un sistema público obligatorio, etc. Esto a pesar de que hace menos de dos años el Congreso impulsó y dio paso a la Ley de Reforma del SPP.

PROYECTOS DE LEY ACTIVOS														
04-nov-14	COBERTURA		BENEFICIOS					APORTES			OTROS			
	Afiliado/Libre desafiliación	Trabajadores independientes	Aumento de sobrevivencia				de mortalidad	Aportes impagos	Impuesto a la Renta	Financiamiento del Fesup	Sistema multipliar			
Proponente														
Cecilia Chacón						Nombramiento notarial de curar por incapacidad para cobro de pensiones								
								Imprescriptibilidad; eliminar						
						Retiro programado rápido y de emergencia por enfermedad								
Jaime Delgado														
Jaime Delgado				Informe sobre costo de comisiones, seguro y aportes impago				Imprescriptibilidad						
Jaime Valencia Quiroz					Trabajadores portuarios									
Johny Lescano			100 % de pensión entre herederos											
Johny Lescano														
Johny Lescano	Libre desafiliación													
José Antonio Urquizo Maggia					Trabajadores industria metalmecánica									
José Gutiérrez Cóndor	SBS fija tipo de libremente													

Juan Donato Pai							Obligatoriedad de usar tablas de experiencia propia					
Juan Carlos Eguren											Usar multas a AFP y Cía. de Seguros	
Julia Tévez												
Justiniano Apaza								aportes previsionales				Sistema público obligatorio
Justiniano Apaza												
Manuel Dammert												
Mariano Portugal Catacora			Aumento pensión de viudez, orfandad, ascendencia y sobrevivencia	REJA cuando se acredite desempleo por 3 meses, y devolución de 100% de aportes cuando pensión n o sea igual a mayor a 1 RMV	Salud	por enfermedad terminal		Responsabilidad administrativa y penal. Imprescriptibilidad				
Octavio Salazar												
Superintendencia de Banca y Seguros	Aportes incluyendo rentabilidad											
Tito Valle Riestra (multipartidario)							Enfermedad terminal					
	libertad de afiliación											
Vicente Zevallos				Mineros, metalurgicos y Siderurgicos								
										Aportes obligatorios y voluntarios		
	AFP Estatal											

Asimismo, existen otros Proyectos de Ley más antiguos que datan desde el año 2011 que buscan reformas para el SPP, no obstante se encuentran fuera de la agenda del Congreso.

2. Cambio demográfico e impacto en los sistemas de pensiones

Aportes

- PL 1222/2011: Ley que establece mecanismos para facilitar la acreditación de aportaciones pensionarias.
- PL 30/2011: Ley que establece el régimen de reprogramación de deudas previsionales al fondo del SPP.
- PL 1425/2012: Ley que incorporada en el Código Penal la figura de delito previsional.

Comisiones

- PL 1822/2012: Ley de protección de los intereses económicos de los afiliados al SPP - comisiones por flujo.
- PL 2020/2012: Ley de libre elección de comisión por administración de fondos AFP.
- PL 2034/2012: Ley que modifica el artículo 24 d) del TUO de la ley del SPP, modificado por la Ley de reforma del SPP.

Beneficios

- PL 52/2011: Ley que reabaja el mínimo de edad a las mujeres para acceder a la pensión de jubilicación.
- PL 1473/2011: Ley de preservación del valor real de las pensiones que paga el SPP.
- PL 702/2011: Ley de pensión mínima universal ascendente a 1RMV.
- Pl 1441/2011: Ley que modifica la Ley Nº 29741, Ley de creación del fondo complementario de jubilación minera, metalúrgica y siderúrgica.
- PL 1556/2012: Ley que establece el derecho a la jubilacion anticipada del trabajador portuario.

Gobierno coporativo

- PL 697/2011: Ley que incluye un representante de afiliados al comité de inversiones de las AFP, para mayor transparencia y fiscalización en sus inversiones.

- PL 701/2011: Ley que incluye un representante de los afiliados en el directorio de las AFP.

Desafiliación

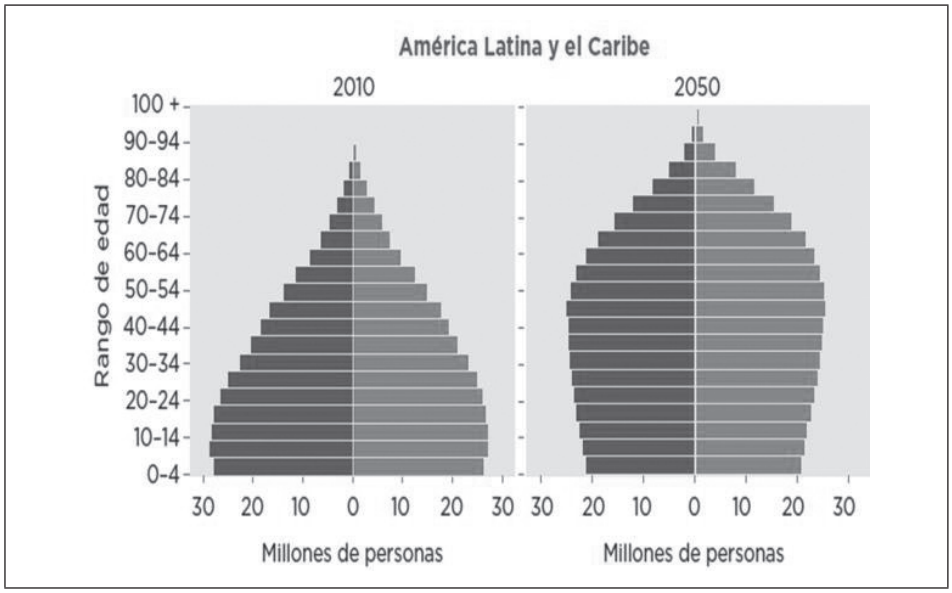
- PL 1474/2012: Ley de libre desafiliación del SPP.
- PL 2085/2012: Ley que deroga diversos artículos de la Ley Nº 28991, Ley de Libre Desafiliación del SPP y retorno al SNP.

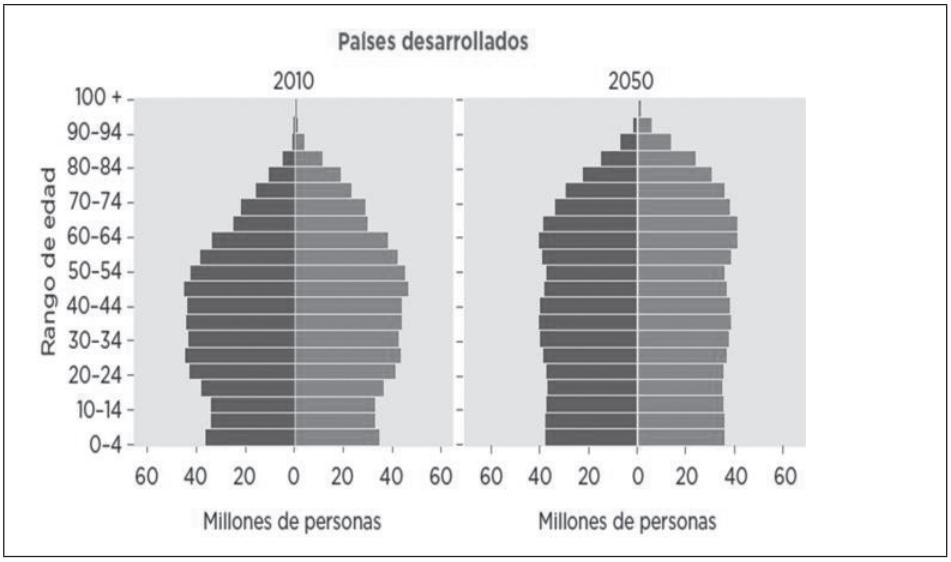
Otros

- PL 74/2011: Ley que permite el nombramiento excepcional en vía notarial de curador por incapacidad para el cobro de.
- PL 1114/2011: Ley que promueve la competencia en el SPP.
- PL 1115/2011: Ley que establece la libre elección de una AFP, sea del país o que opere fuera del país.

El cambio demográfico experimentado a nivel internacional es un tema relevante para los gobiernos, especialmente en el tema de pensiones. La transición demográfica colocará a la política pensionaria como uno de los ejes de las políticas públicas.

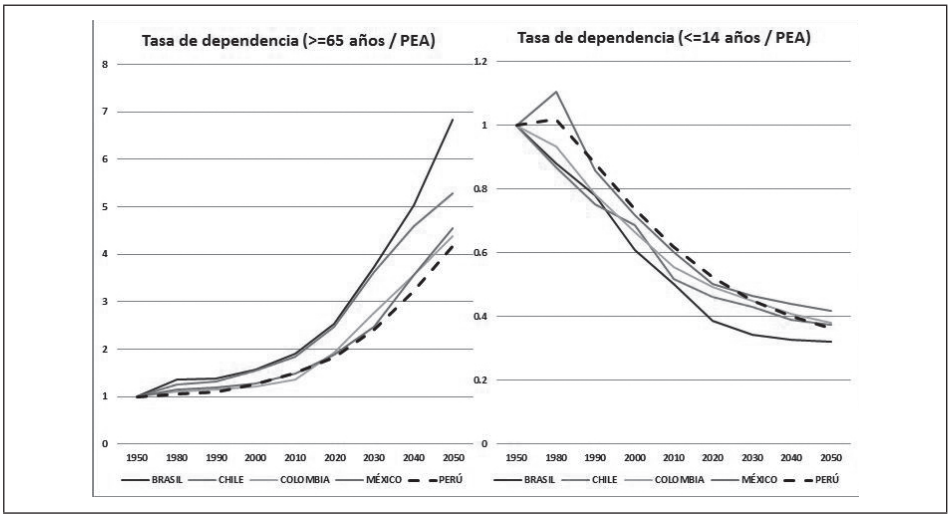
En América Latina la cobertura previsional es ineficiente y con el aumento de la esperanza de vida de las personas y la recomposición de la pirámide poblacional, los gobiernos tendrán que hacer frente a la demanda de un creciente segmento de la población que llega al final de su vida laboral sin ahorros necesarios para financiar su vejez.





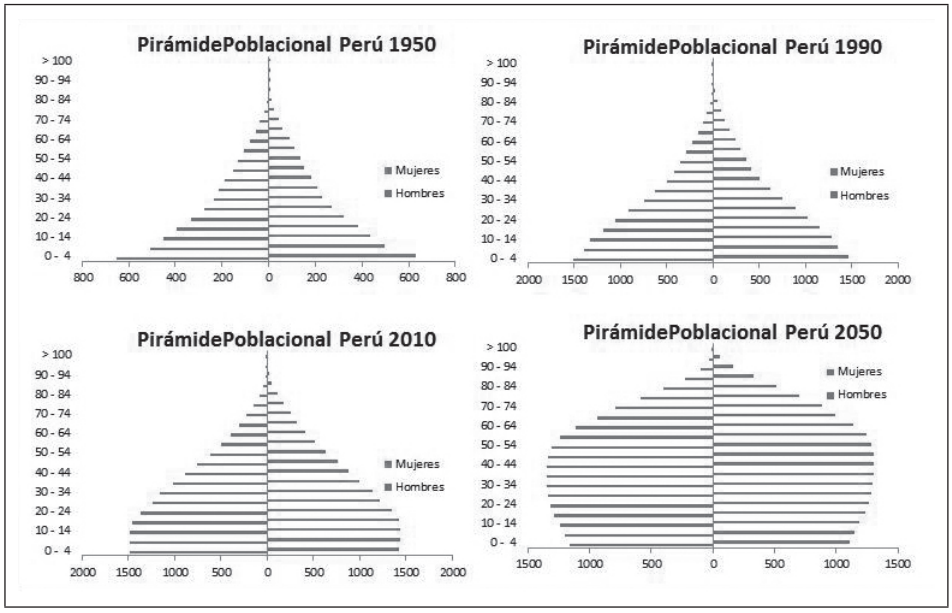
Fuente: BID.

Las pirámides poblacionales de América Latina cada vez se asemejan más a las de los países desarrollados, la tasa de dependencia de respecto a adultos mayores cada vez se incrementa más. Los sistemas de pensiones enfrentan el reto de proporcionar un ingreso digno y suficiente a millones de adultos mayores que se jubilarán en las próximas décadas.



Fuente: CEPAL - CELADE. Estimación y Actualización: 2012.
Elaboración: AAFP.

El envejecimiento de la población peruana va a imponer presiones fiscales a futuro si se continua con el modelo mixto de pensiones (SNP + SPP), incluso si a esto se le añade Pensión 65 el impacto sería mucho mayor. Si tomamos en cuenta que el 10 % de la población es considerada adulto mayor, esta cifra será cercana al 30 % en el año 2050. El país debe abordar la falta de cobertura previsional sobre las bases de sus múltiples ramificaciones sociales, económicas y fiscales. Un sistema previsional bien planteado, con una amplia cobertura permite que la pobreza en la vejez disminuya.

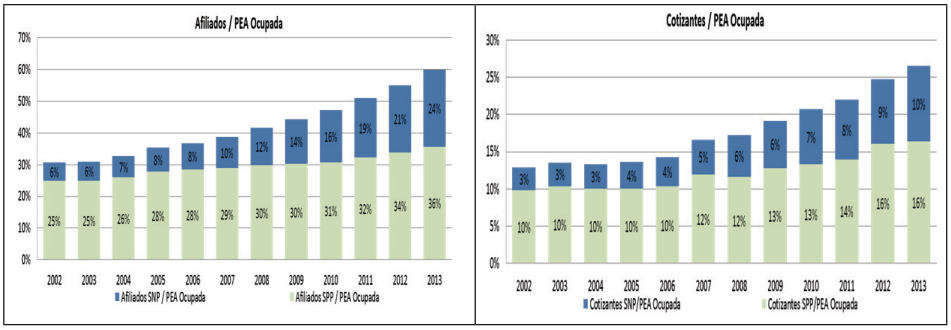


Fuente: CEPAL - CELADE. Estimación y Actualización: 2012.
Elaboración: AAFP.

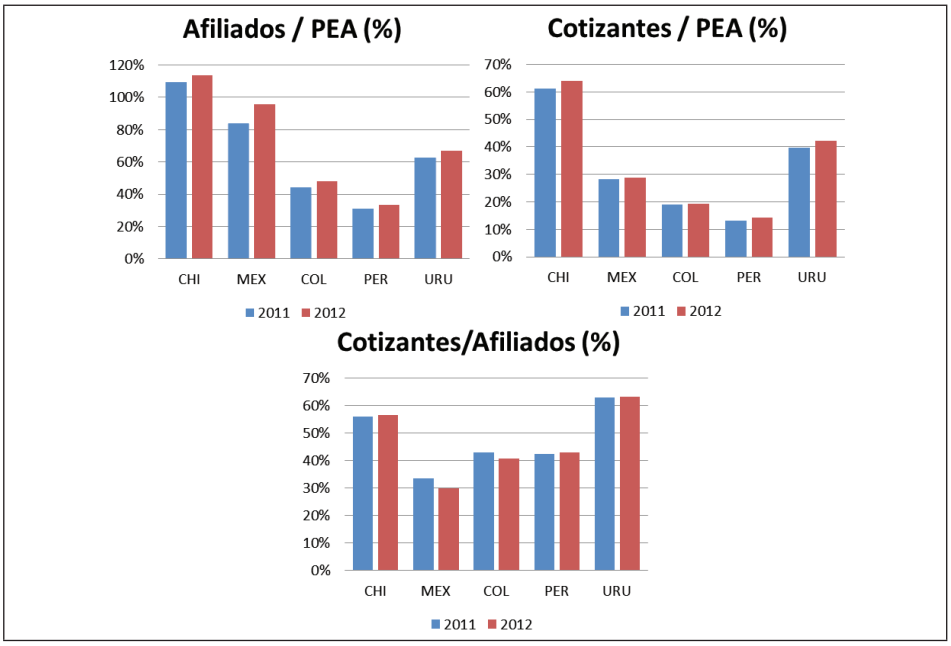
3. Cobertura del Sistema Privado de Pensiones

La cobertura de los Sistemas de Pensiones de Perú es muy baja. Aparte de ello, gran parte de los afiliados a los sistemas no aportan regualarmente lo que tiene un impacto directo en el nivel de pensiones que recibirán en el futuro.

El porcentaje de ocupados que actualmente cotiza a algún sistema de pensiones (SPP o SNP) es de 26 %, mucho menor al promedio latinoamericano (45 %), a pesar que el 60 % de la PEA ocupada se encuentra afiliada.



Fuente: SBS e INEI
Elaboración: AAFP

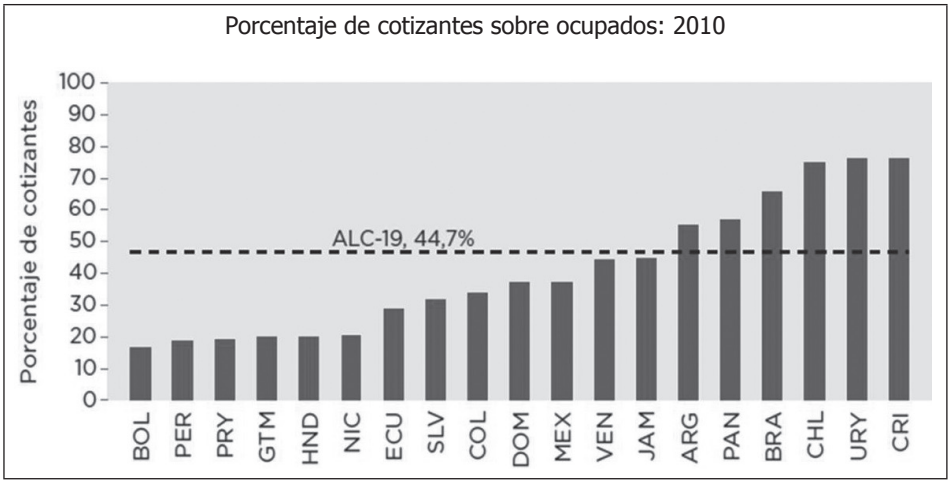


Fuente: AIOS.
Elaboración: AAFP.

En la gran mayoría de sistemas de pensiones en el mundo, el ahorro previsional se genera en el mercado de trabajo, por lo tanto, la capacidad de un ahorro sistemático, para el futuro, va fuertemente ligada a dos factores: A) la participación en el mercado de trabajo y B) la capacidad de este mercado de trabajo de generar ahorro previsional.

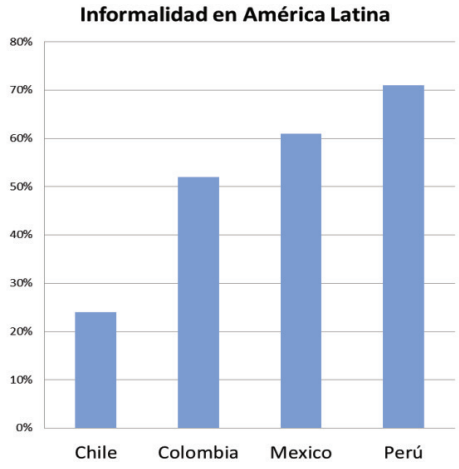
Dado el nivel de ingreso, el PBI per cápita, el Perú debería tener una tasa de contribución entre 15 y 20 puntos porcentuales superior a la actual. No obstante,

Perú no es el único país con este problema. El ahorro previsional que financiará las pensiones contributivas futuras en América Latina sigue siendo muy bajo, incluso en países que hoy tienen amplia cobertura. De los 22 países analizados por el estudio "Mejores pensiones mejores trabajos: Hacia la cobertura universal en América Latina y el Caribe" del BID, en 15 de ellos la cobertura está por debajo de lo que su PIB per cápita predeciría.

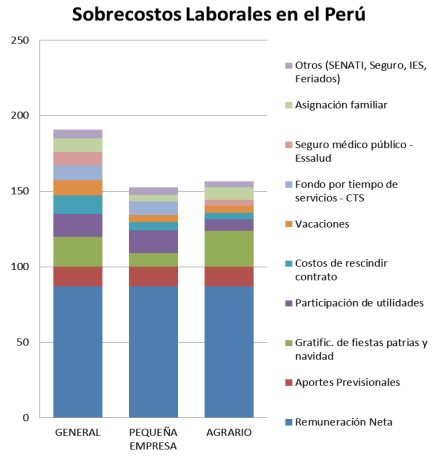


Fuente: BID.

La principal causa de la baja cobertura es el alto nivel de informalidad laboral en el Perú, el cual es notoriamente mayor al de otros países de la región. Esto se explica principalmente por los altos sobrecostos laborales, los cuales prácticamente llegan a duplicar la remuneración neta.



Fuente: BID.
Elaboración: AAFP.



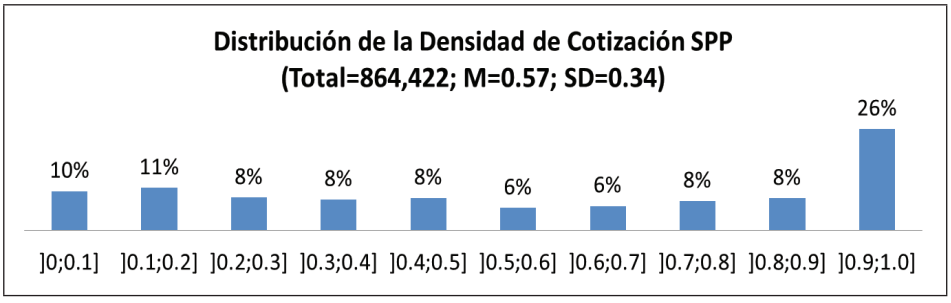
Fuente: Mintra.
Elaboración: AAFP.

4. Densidad de cotización

El objetivo principal de los afiliados al SPP es ahorrar lo suficiente para poder reemplazar la mayor parte del ingreso con el que se acostumbra a vivir durante su vida laboral (lo que se denomina la Tasa de Reemplazo).

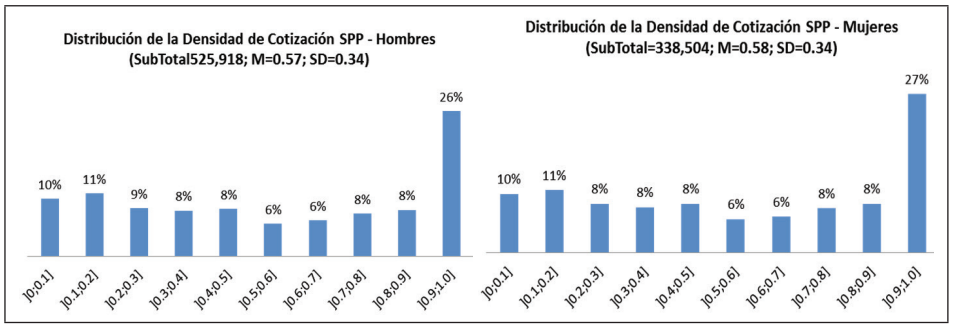
Un importante componente de la TR es el número de aportes mensuales que el afiliado haga en el año(densidad de cotización), de esta forma, a mayor número de aportes por año que realice el afiliado a lo largo su vida laboral, mayor será el fondo disponible al momento de la jubilación y, por lo tanto, mayor será la TR y pensión.

La Densidad de Cotización (DC), aportes observados entre aportes esperados, en el SPP es, en términos generales, baja. Solo 1 de cada cuatro aportantes lo hace de manera regular (DC entre el 90 % y 100 %), pero la media lo hace 7 de cada 12 meses del año (57 % del tiempo).



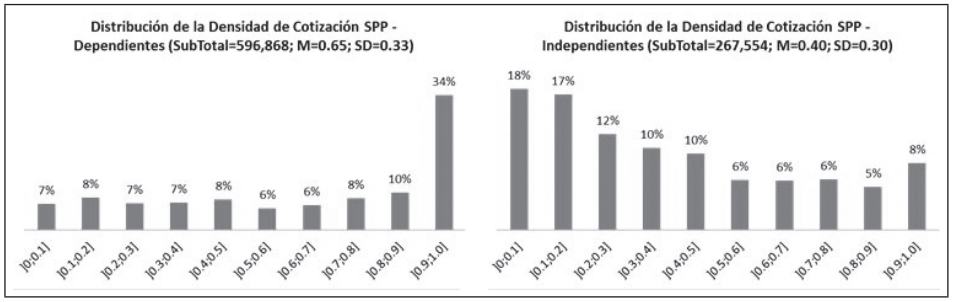
Fuente: AFP.
Elaboración: AAFP.

La DC media de los hombres (57 %) es ligeramente menor a la de las mujeres (58 %).



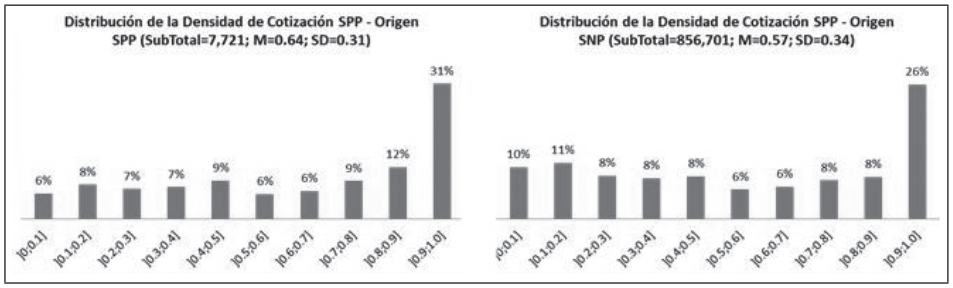
Fuente: AFP / **Elaboración:** AAFP.

La DC media de los trabajadores dependientes (65 %) es notoriamente mayor a la de los trabajadores independientes (40 %).



Fuente: AFP / **Elaboración:** AAFP.

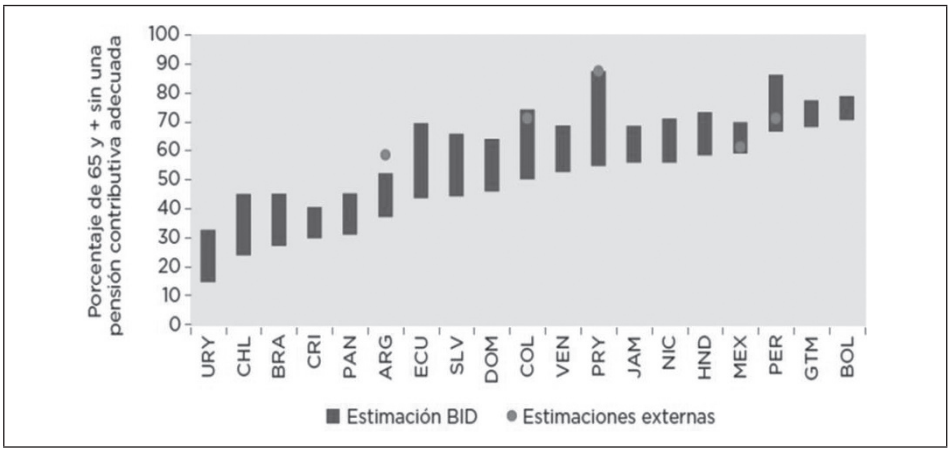
La DC media de los trabajadores que solo han hecho aportes en el SPP (64 %) es notoriamente mayor a la de los trabajadores que empezaron a aportar en el SNP y luego se trasladaron al SPP (57 %).



Fuente: AFP / **Elaboración:** AAFP.

Cabe señalar que un buen desempeño macroeconómico no garantiza una buena cobertura previsional ni cotización. El BID estimó para América Latina que, si la relación entre crecimiento y cobertura se mantiene constante, en los próximos 40 años el crecimiento aumentará en 10 puntos porcentuales (pp) el porcentaje de trabajadores que contribuye.

Esto aumentaría la cobertura entre 15 y 20 pp, lo cual es insuficiente para satisfacer las necesidades de los 14,000 millones de adultos mayores que se estima habrá en el 2050. Asimismo, se estimó que en el 2050 entre el 47 % y el 60 % de los adultos mayores no habrá ahorrado suficiente para financiarse una vejez digna.



Fuente: BID.

La panorámica del futuro previsional es un espejo de la situación actual del mercado de trabajo debido a los bajos porcentajes de contribuyentes y a la alta rotación entre trabajos formales e informales. Muchos adultos mayores no tendrán pensión mañana o bien porque nunca han contribuido a la seguridad social, o porque las contribuciones han sido insuficientes.

En aquellos países en que el mercado laboral genera ahorro previsional el porcentaje de adultos que no tendrán una pensión en el 2050 está entre el 15 y el 40 % (Chile, Costa Rica, Uruguay), sin embargo en casos como el de Perú, Bolivia y Guatemala, aproximadamente el 70 % de la población mayor a 65 años no tendrá una cobertura contributiva adecuada.

5. ¿Deben de Ahorrar los independientes?

Desde los inicios del SPP, el Estado se preocupaba por el aporte previsional que debían realizar los trabajadores independientes (Título V del Compendio de Normas del SPP, Resolución Nº 080-98-EF-SAFP). No obstante, el mismo no señaló un procedimiento de recaudación de aportes ni sanciones en caso los independientes no cumpliesen con aportar, por lo que dichas disipaciones no se cumplieron en la práctica.

Con la promulgación de la Ley de Reforma del SPP, Ley Nº 29903, en el año 2012 y normas complementarias, se estableció la aportación obligatoria de los trabajadores independientes, la misma que, en setiembre de 2014 fue derogada por el Congreso.

6. Deuda a las AFP

Los aportes impagos a las AFP corresponden a los aportes descontados por los empleadores a los trabajadores, que no son transferidos a las AFP y, por lo tanto, no son acreditados a las cuentas individuales y reducen la pensión de los afiliados.

A marzo de 2014, la deuda cierta actualizada fue cercana a los S/. 20,000 millones, que representa el 19 % de la cartera administrada por las AFP. El 53 % de la deuda cierta total actualizada es generada por instituciones estatales mientras que el 47 % por empresas privadas. La deuda previsional a las AFP generada por la no transferencia de los aportes descontados a los trabajadores afecta a más de 1.6 millones de afiliados.

DEUDA CIERTA NOMINAL EN MILLONES EN SOLES FONDO + COMISIÓN + SEGURO							
Tipo		**Gobierno central**	**Gobierno regular**	**Municipal**	**Total estatal**	**Total privada**	**Total general**
Cierta	Sin juicio	4	5	4	14	142	156
	Con juicio	28	94	167	288	641	929
	Subtotal	**32**	**99**	**171**	**302**	**783**	**1,084**

DEUDA CIERTA ACTUALIDZADA SEGÚN LEY EN MILLONES DE SOLES FONDO + COMISIÓN + SEGURO							
Tipo		**Gobierno central**	**Gobierno regular**	**Municipal**	**Total estatal**	**Total privada**	**Total general**
Cierta	Sin juicio	66	57	195	317	2,941	3,259
	Con juicio	1,979	5,877	2,252	10,108	6,251	16,359
	Subtotal	**2,045**	**5,934**	**2,446**	**10,425**	**9,192**	**19,617**

NÚMERO DE AFILIADOS PERJUDICADOS POR LA DEUDA DEL ESTADO				
	Gobierno central	**Gobierno regular**	**Municipal**	**Total estatal**
Deuda cierta	114,321	250,102	69,083	433,505
Deuda Total (cierta + Presunta)	165,468	385,947	151,834	703,250

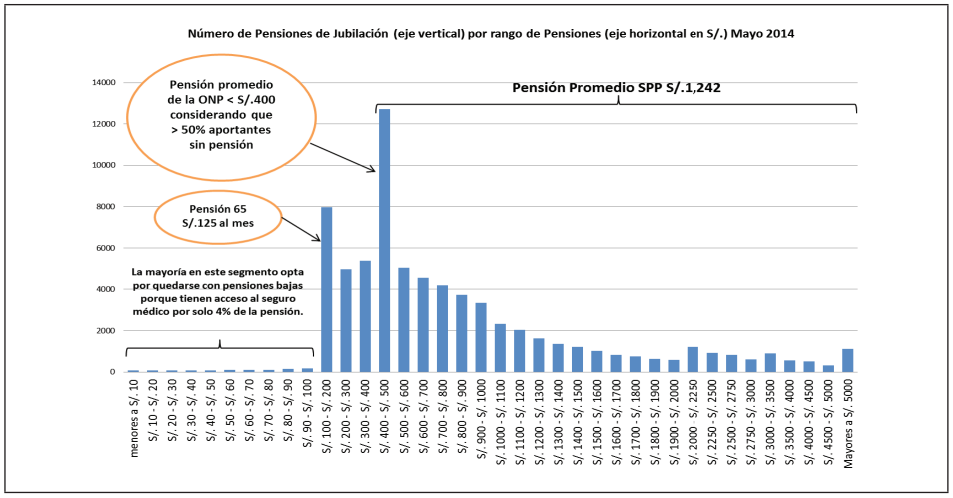
NÚMERO DE EMPLEADORES DEUDORES				
	Gobierno central	**Gobierno regular**	**Municipal**	**Total estatal**
Deuda cierta	632	399	1,412	2,443
Deuda Total (cierta + Presunta)	649	440	1,757	2,846

Fuente: AFP.
Elaboración: AAFP.

7. Distribución de pensiones del SPP

La distribución de las pensiones del SPP es heterogénea debido a que es un reflejo del bajo ahorro de los afiliados. Es por esto que en el SPP cuando el saldo del fondo es menor a S/. 5,810 el pensionista bajo el régimen de retiro programado puede optar por retirar el total del fondo.

Asimismo, cuando se calcula o recalcula un retiro programado y la pensión resulta menor a S/.150, el afiliado puede optar por recibir una pensión de S/.150 y consumir su fondo a una velocidad mayor. Sin embargo, muchos pensionistas no optan por estas opciones y prefieren recibir pensiones pequeñas (inclusive menores a S/. 10) para así conservar el seguro médico de EsSalud, pagando solo el 4 % de la pensión.



Fuente: AFP.
Elaboración: AAFP.

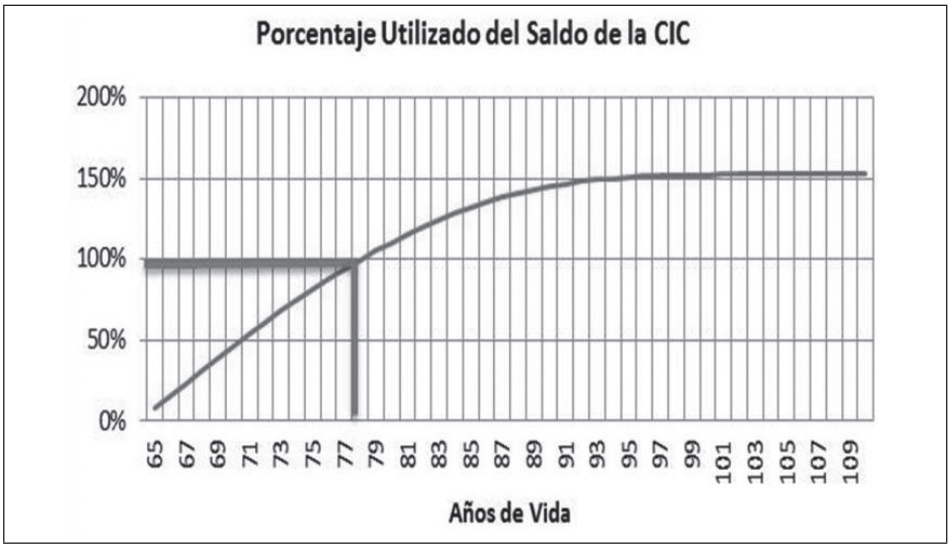
Existen dudas acerca del impacto de las tablas de mortalidad para el cálculo de las pensiones en el SPP, el público en general cuestiona la extensión de la misma. No obstante, si una tabla de mortalidad llega a los 110 años esto no quiere decir que la esperanza de vida llega a los 110 años.

Lo que indica las tablas es que existe una probabilidad muy reducida de llegar a los 110 años, pero está debe ser recogida para calcular las pensiones. Dado que el fondo de pensiones normalmente crece con la rentabilidad es muy poco lo que hay que ahorrar para cubrir esta posibilidad, de esta forma para que una persona pueda tener una pensión de S/. 1000 a los 110 años solo tendría que usar lo equivalente a S/. 0.03 del fondo con el que contaba a los 65 años.

Fuente: CELADE - División de Población de la CEPAL (2012).

Asimismo, teniendo en cuenta la tabla de mortalidad por la cual se distribuye el saldo de la cuenta de capitalización del afiliado para el pago de su pensión, un afiliado que se jubila bajo la modalidad de retiro programado ya habría hecho uso del 100 % de su CIC a los 78 años.

No obstante debido a que mantiene la CIC en el fondo de pensiones y solo parte de ella es retirada para pagar la pensión mensual, el saldo sigue generando rentabilidad de manera que a los 110 años hubiera consumido por pago de pensión 1.5 veces su CIC.

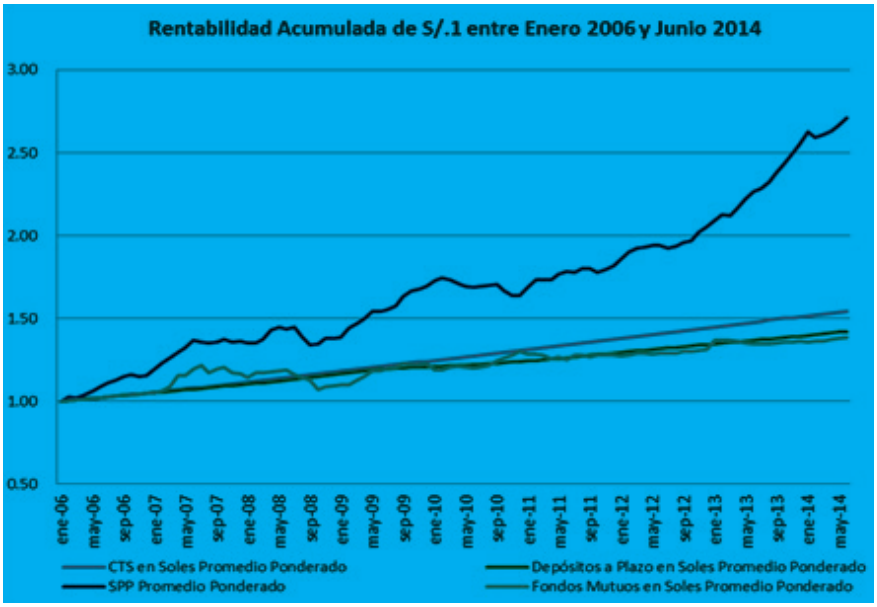


Elaboración: AAFP. Con base en la fórmula para el cálculo del capital requerido unitario para obtener S/. 1 de pensión.

8. Rentabilidad del SPP vs. Otras opciones de largo plazo

Los ahorros del SPP han obtenido la mejor rentabilidad con respecto a cualquier otra alterativa de ahorro del sistema financiero peruano, incluyendo las cuentas CTS, depósitos a plazo en Cajas Municipales o Rurales, depósitos a plazo en bancos y participación en fondos mutuos.

Si hubiésemos invertido un sol (S/. 1) en enero de 2006 como ahorro para la vejez en las AFP, cuando ofrecieron por primera vez tres tipos de fondos (el 1 de menor riesgo, el 2 de mediano riesgo y el 3 de mayor riesgo), a junio de 2014 tendríamos en promedio S/. 2.65, mientras que si lo hubiésemos puesto en una cuenta CTS tendríamos S/. 1.53, en depósitos a plazo S/. 1.41, y en fondos mutuos S/. 1.35.



Fuente: SBS y SMV.
Elaboración: AAFP.

Si bien es cierto que han habido opciones que han otorgado una rentabilidad alta, durante el periodo enero 2006 - junio 2014 la mayor rentabilidad nominal promedio anual fue la del Fondo 3 de las AFP (13.9 %) que cuenta con el 11.2 % de los S/. 190 mil millones que son administrados por las AFP, cajas rurales y municipales, financieras, banca múltiple y fondos mutuos.

La segunda y tercera rentabilidad anual más alta la obtuvieron las CTS administradas por las cajas rurales (12.3 %) y cajas municipales (11 %), pero la cantidad de ahorros que estas administran en conjunto apenas llega a 1.3 % del total de ahorros.

La cuarta mayor rentabilidad la obtuvo el Fondo 2 de la AFP (9.5 %) y que administra el 39.1 % de los ahorros en el sistema. En otras palabras, más del 80 % de los ahorros que fundamentalmente están bajo administración de las AFP se beneficiaron de la mayor rentabilidad.

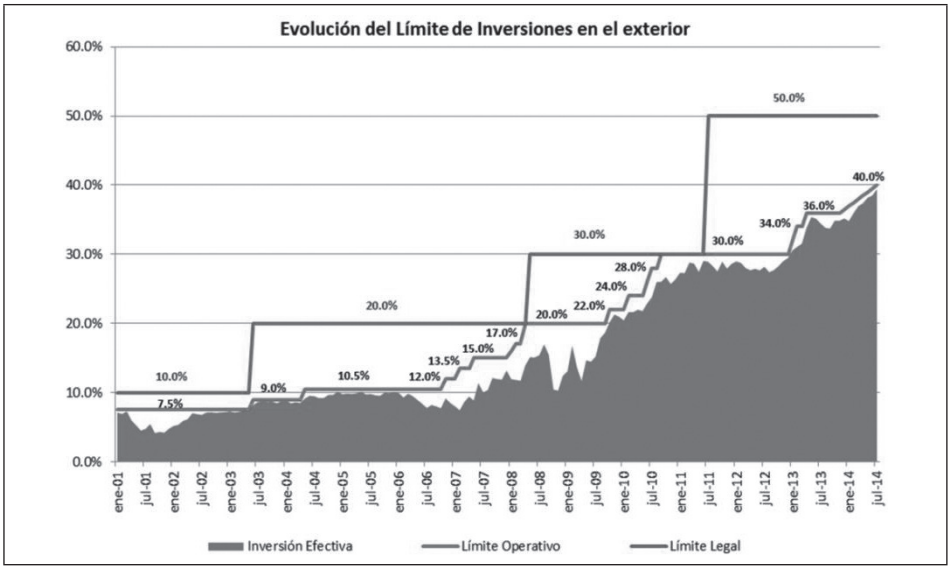
RENTABILIDAD Y MONTO DE AHORROS EN EL SISTEMA FINANCIERO ENERO 2006 - JUNIO 2014			
Alternativas de ahorro	**Rentabilidad Nominal Promedio Anualizado (en %)**	**Ahorros al fin de junio de 2014 (en millones de soles)**	**Paricipación relativa en administración de ahorros (%)**
SPP Promedio ponderado	**9.4 %**	**108,499**	**57.1 %**
SPP Fondo 1	7.5 %	13,146	6.9 %
SPP Fondo 2	9.5 %	74,173	39.1 %
SPP Fondo 3	13.9 %	21,180	11.2 %
Depósito a plazos en soles promedio poderado	**4.3 %**	**62,560**	**32.9 %**
Cajas Rurales CTS en soles	7.8 %	1,389	0.7 %
Cajas Municipales CTS en soles	6.6 %	9,031	4.8 %
Financieras CTS en soles	4.3 %	5,137	2.7 %
Banca Múltiple en soles	3.8 %	47,003	24.8 %
CTS en soles promedio ponderado	**5.3 %**	**10,537**	**5.5 %**
Cajas Rurales CTS en soles	12.3 %	369	0.2 %
Cajas Municipales CTS en soles	11.0 %	2,163	1.1 %
Financieras CTS en soles	7.8 %	229	0.1 %
Banca Múltiple en soles	3.6 %	7,775	4.1 %
Fondos Mutuos en soles	**3.9 %**	**8,274**	**4.4 %**
TOTAL		**189,870**	**100.0 %**

Rentabilidad Nominal Promedio Anualizado entre enero del 2006 y junio del 2014.
Fuente: SBS, SMV y BVL.

9. Límites de inversión en el extranjero

Las AFP realizan inversiones en instrumentos del exterior para diversificar su cartera y poder obtener la mayor rentabilidad posible, reduciendo su exposición al desempeño del mercado local.

A julio de 2014 el 39 % de la cartera del SPP fue invertida en el exterior y el límite de inversión impuesto por el BCRP fue de 40 %. Este último se ha ampliado progresivamente desde diciembre de 2013, pasando de un límite de 36 % del total de la cartera a 40 % hasta el mes de setiembre de 2014. Asimismo, el BCRP anunció el aumento de este límite a 40.5 % a partir de octubre de 2014, el cual se incrementará hasta llegar a 42 % en enero de 2015.

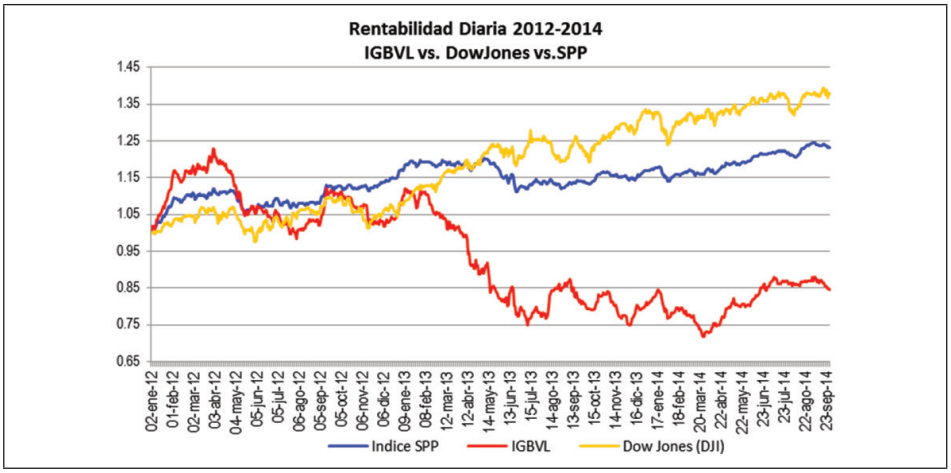


Fuente: SBS y BCRP.
Elaboración: AAFP.

Es importante destacar que los ahorros en las AFP no tienen el mismo riesgo de quiebra que en las demás instituciones de ahorro. Si una AFP quiebra, el ahorro de los afiliados no se vería afectado en absoluto ya que se transferiría intacto a otra AFP.

La cuenta y el saldo que haya logrado el afiliado en la AFP son de su propiedad y son intocables por mandato constitucional. Aparte de ellos, los aportes a las cuentas individuales de ahorro para la vejez de los afiliados incluyen una póliza de seguro de sobrevivencia, invalidez y costo de sepelio. Este tipo de seguridad no la da ninguna otra alternativa de ahorro.

Aparte de ello, el buen manejo del portafolio por parte de las AFP ha permitido evitar el riesgo por la caída del mercado interno a pesar de restricciones de inversión, lo cual permite que los fondos crezcan seguros.

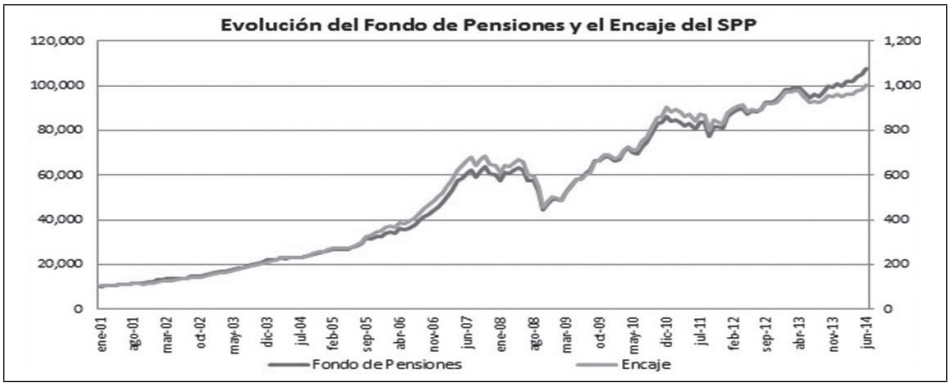


Fuente: SBS, BVL y Bloomberg / **Elaboración:** AAFP.

10. Alineamiento de intereses entre los afiliados y las AFP

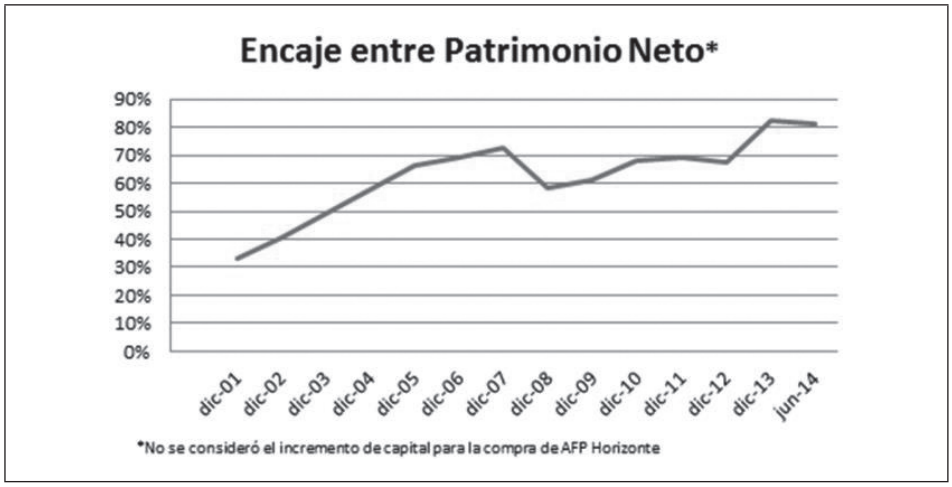
Las AFP están obligadas a invertir el equivalente a 1 % de los fondos administrados (encaje legal) en la misma manera que dichos fondos. Este requerimiento hace que los intereses de las AFP estén alineados con los de los afiliados, ya que ambos buscan obtener la mayor rentabilidad.

El encaje legal está compuesto por recursos de propiedad de las AFP que sirven como aval para garantizar una rentabilidad mínima para el afiliado. El nivel de encaje se determina en función de la categoría de riesgo de los activos que componen el fondo. El encaje legal y el fondo de pensiones siguen una trayectoria similar a través del tiempo, evidenciando una alta correlación entre las dos variables.



Fuente: SBS / **Elaboración:** AAFP.

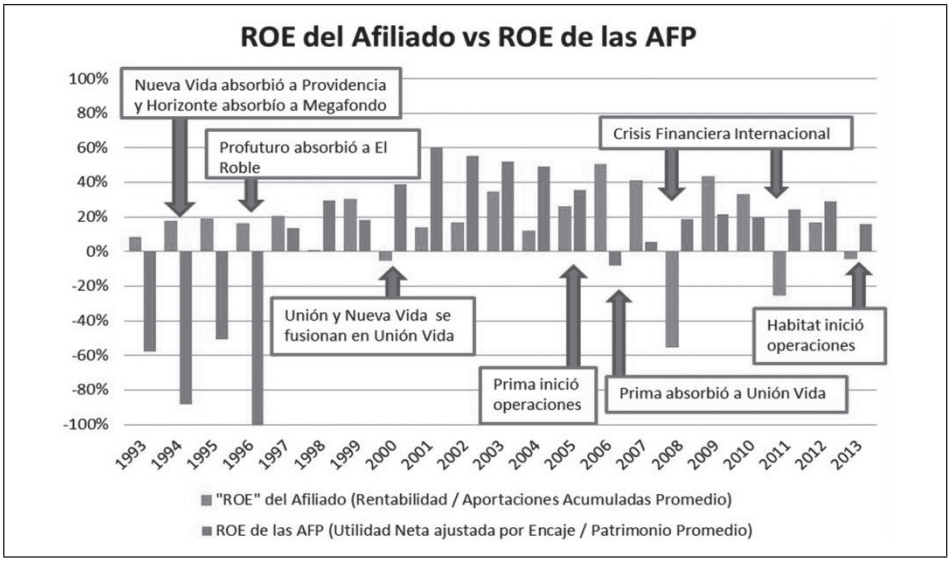
Actualmente, el monto total del encaje es igual al 81 % del patrimonio neto de las AFP y ha sido en promedio 63 % del patrimonio neto desde el año 2001. Partiendo de que el fondo de pensiones y el encaje se encuentran altamente correlacionados, y dado que este último representa gran parte del patrimonio de las AFP, es evidente que los intereses de los afiliados y AFPs están alineados.



Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

En los 21 años del SPP, fenómenos económicos (nacionales e internacionales) afectaron el ritmo de crecimiento y la rentabilidad del fondo de pensiones. Eventos como la crisis asiática en 1998, la crisis financiera internacional en el 2008 y 2011, la reducción del precio internacional de los metales en el 2013, entre otros, tuvieron un impacto adverso en los fondos de pensiones.

A través del encaje, el patrimonio de las AFP también fue afectado por estas crisis, pero adicionalmente fue afectado por las circunstancias particulares de la competencia. Es así, que en los cuatro primeros años del SPP, las AFP experimentaron cuantiosas pérdidas en relación con el capital invertido y a través de diversos procesos de fusión y absorción el número de administradoras se redujo de 8 a 4. Durante estos años los afiliados obtuvieron ganancias con relación a sus fondos invertidos. Posteriormente, excepto por las crisis antes mencionadas, tanto los afiliados como las AFP obtuvieron ganancias de manera alternativa.



Fuente: SBS.
Elaboración: AAFP.

11. El significado y práctica de la responsabilidad fiduciaria de las AFP

Las AFP tienen responsabilidad fiduciaria, por lo tanto, deben:

- Actuar con diligencia, reserva, prudencia y honestidad.
- Observar BGC que respalden la administración de los fondos.
- Establecer políticas internas que sustenten BGC y hacerlas de dominio público.
- Revisar el proceso de auditoría externa de manera periódica, y rotar auditores en un plazo máximo de tres años.
- Transparentar la vinculación de los directores de las AFP.
- Contar por lo menos con dos directores independientes.
- Complementariamente emitir un informe anual al Consejo de Participación Ciudadana en Seguridad Social (Copac) con propuesta de mejoras al SPP.
- Rendir cuentas a los afiliados sobre los resultados de su gestión.

- Administrar los fondos de pensiones atendiendo siempre el interés de los afiliados.

Asimismo las prácticas de Buen Gobierno Corporativo (BGC) por parte de las AFP se han venido profundizando:

- Las AFP aplican los Principios de BGC para las Sociedades Peruanas de la SMV (nov. 2013). Son evaluadas todos los años.
- Las AFP tienen un rol muy importante para promover el BGC en todo el mercado, y en especial, en las empresas donde invierten, siendo una característica importante que evalúan con detenimiento al momento de invertir en las empresas.
- Los comités de inversión son integrados por funcionarios especializados de las AFP y por miembros del directorio con altas capacidades técnicas e idoneidad.
- Desde el año 2012, las AFP contratan Hyead Hunters para la identificar y seleccionar directores independientes con experiencia en practicas de BGC (*cross fertilization*) para las empresas donde invierten.

LA INFORMALIDAD, LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LOS REGÍMENES PREVISIONALES

CÉSAR ABANTO REVILLA[1]

I. EL SISTEMA DE PENSIONES Y LA REFORMA PREVISIONAL

La seguridad social es un concepto complejo, no porque sea difícil de entender, sino porque tiene diversas definiciones, dependiendo del ángulo desde el cual se le pretende analizar.

En efecto, para el ciudadano común es un derecho, para el economista un factor de redistribución de la renta, para la administración un servicio público, para los abogados una rama de la ciencia jurídica, etc.

Lo cierto es que el Derecho Previsional, que regula una de las prestaciones de la seguridad social (la pensión), tiene desde hace cuatro décadas un impacto en las diversas esferas de nuestro desarrollo, a saber:

- En lo social, por la cantidad de personas involucradas: casi 7 millones de afiliados entre el sistema nacional y privado de pensiones;
- En lo económico, considerando las sumas de dinero comprometidas en su financiamiento: fondos que –entre ambos sistemas– superan los S/. 120 mil millones.

(1) Abogado y maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Previsional en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres.

- En lo político, al punto que en las dos últimas campañas presidenciales las principales propuestas de los candidatos que finalmente ganaron la contienda estaban referidas a temas previsionales: la libre desafiliación en el 2006 y "Pensión 65" en el 2011; y

- En lo jurídico, pues la materia pensionaria representa la mayor carga procesal (cerca del 60 %) del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

En esta ponencia desarrollaremos tres temas que son distintos entre sí, pero a la vez, complementarios, en la medida que están directamente relacionados con dos de los principios fundamentales de la seguridad social: la universalidad (por la cual se busca proteger a la mayor cantidad de personas) y la solidaridad (que pretende el financiamiento del sistema con la participación de todos).

En los últimos dos años, con ocasión de la reforma del sistema pensionario que dispuso la Ley Nº 29903[2], se ha venido discutiendo la validez y legitimidad de las nuevas medidas introducidas, en especial, la licitación de los afiliados del Sistema Privado de Pensiones (SPP), la incorporación de la comisión por saldo, así como la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a un régimen pensionario, sea el público (ONP) o el privado (AFP).

Si bien esta ponencia se centrará en analizar este último punto, partiendo de una revisión de los efectos que la informalidad laboral pueda tener en su aplicación, es necesario echar una mirada previa a la estructura del sistema de pensiones en el Perú, y las particularidades que la reforma de 2012 pretende implementar.

Como es conocido por todos, desde finales de 1992 tenemos en nuestro país un modelo pensionario conformado por dos sistemas: el público y el privado.

El sistema público, que funciona bajo el esquema financiero del reparto, está –a su vez– conformado por cuatro regímenes:

- Decreto Ley Nº 19846, Ley de Pensiones Militar Policial[3],

- Decreto Ley Nº 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP),

(2) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de julio de 2012.

(3) El Decreto Legislativo Nº 1133, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de diciembre de 2012, aprobó un nuevo régimen previsional para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, sin embargo, solo será aplicable al personal que inició su carrera a partir de la entrada en vigencia de dicha norma (al día siguiente de su publicación).

- Decreto Ley Nº 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos[4], y,
- Decreto Legislativo Nº 894, régimen especial de los servidores diplomáticos[5].

El sistema privado, que funciona bajo el esquema financiero de la capitalización, fue creado por el Decreto Ley Nº 25897[6], copiando el modelo impuesto en Chile a inicios de los ochenta[7], y traslada la administración de los aportes y las pensiones a empresas privadas (AFP), que funcionan bajo la supervisión del Estado[8].

En tal sentido, todo trabajador público o privado que inicie su actividad laboral de manera dependiente deberá elegir[9] entre el SNP o el SPP.

Hasta el 31 de julio de 2013 la afiliación a un régimen pensionario por parte de los trabajadores independientes era voluntaria, sin embargo, por aplicación de la Ley Nº 29903 (arts. 8 y 9) se volvió obligatoria para aquellos que nacieron a partir del 1 de agosto de 1973, perciben ingresos mensuales iguales o mayores a una Remuneración Mínima Vital (RMV)[10] y giran recibos de honorarios.

La mayoría de trabajadores independientes cuestionaron esta medida, soslayando que –de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (Enaho), elaborada por el INEI al 2011– apenas era 11 %

(4) Régimen cerrado de manera definitiva a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley Nº 28389.

(5) La Ley Nº 28091, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de octubre de 2003, cerró de forma implícita dicho régimen al disponer que, a partir de su vigencia, el sistema previsional del servicio diplomático se regía "de acuerdo a las leyes sobre la materia", por lo tanto, solo podrían optar entre el SNP o SPP, sin embargo, por Decreto Supremo Nº 065-2009-ER, se restituyó la vigencia del régimen previsto por el Decreto Legislativo Nº 894.

(6) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre de 1992. Cabe recordar que el 11 de noviembre de 1991 el SPP fue creado originalmente por Decreto Legislativo Nº 724, pero al encontrarse sujeto a las reglas fijadas en el artículo 14 de la Constitución de 1979, no llegó a entrar en funcionamiento formalmente.

(7) Aprobado por el Decreto Ley Nº 3,500, que ha sido reformado estructuralmente en el 2008 por la Ley Nº 20,255.

(8) A través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que reemplazó –a partir del 25 de julio de 2000 (Ley Nº 27328)– a la extinta Superintendencia de AFP.

(9) De acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 16 de la Ley Nº 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada, publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibirá un Boletín Informativo sobre las características de los sistemas pensionarios vigentes: a partir de su entrega, tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión en dicho plazo, será afiliado al SPP.

(10) En la actualidad, equivalente a S/. 750.00.

el porcentaje de personas en dicha condición que estaban afiliados a un régimen pensionario, y del 23 % el número de peruanos que ahorraban, por lo tanto, era indispensable que se estableciera con carácter obligatorio su incorporación al sistema previsional, de lo contrario, en un par de décadas tendríamos a miles de ciudadanos mayores de 65 años (edad jubilatoria regular del SNP y SPP) sin una prestación pensionaria.

Los independientes alegaron en el 2013, como han replicado en el 2014, que sus ingresos son irregulares –en tiempo y en monto–, y que ellos son libres no solo de decidir qué destino darle a su dinero, sino también de elegir el ser parte (o no) del sistema previsional, sin embargo, olvidan que el aporte es un ahorro forzoso que no solo los protegerá en la vejez –a través de la pensión de jubilación– sino que los tutela en la actualidad, tanto frente a una incapacidad física o mental –mediante la pensión de invalidez– como ante la muerte, con las pensiones de sobrevivencia.

La reacción instintiva básica del hombre es priorizar el gasto presente en lugar de ahorrar para una contingencia futura, por ello, ninguna medida relacionada a la seguridad social que se halla condicionado a la voluntad del trabajador ha tenido éxito en nuestro país, lo que nos muestra la necesidad de interiorizar, desde la más temprana edad, la importancia de realizar un aporte previsional a un fondo que nos proteja ante cualquier riesgo eventual.

El Estado, tiene por obligación –como último garante de la seguridad social– asumir las medidas necesarias para incrementar el número de personas protegidas por el sistema previsional, aunque ello constituya una decisión política impopular o que origine un rechazo inmediato de la colectividad. Es su deber prever para el futuro, aun a costa de aceptar los cuestionamientos del presente.

Cuando se llevó a cabo la reforma previsional de 2012 el objetivo era generar una serie de beneficios para los asegurados, como consecuencia de medidas como la licitación de los nuevos afiliados a favor de la AFP que ofrezca la menor comisión, la creación del Copac y el Fesip, la reformulación del Sistema de Pensiones de las MYPE o la incorporación obligatoria de los independientes, pero dos años más tarde, vemos que estas medidas no han sido eficientemente implementadas.

Como correctamente anota Hilario[(11)], las políticas de formalización y extensión de la seguridad social en América Latina tienen como sustento la búsqueda

(11) Recomendación Nº 202 de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2012: HILARIO MELGAREJO, Ana. "La extensión de la cobertura previsional a los trabajadores independientes", p. 47.

de lograr y cimentar el trabajo decente y los pisos de protección social, dentro de los cuales la OIT ha incluido a las "garantías básicas" de la seguridad social, procurando –de manera particular– la inclusión de quienes trabajan en la economía informal, por lo tanto, esta medida se concatena con una postura global de extensión previsional.

Pese a que en agosto de 2013, cuando se produjeron los primeros reclamos de los trabajadores independientes por la implementación de la obligación de afiliarse y aportar a un sistema de pensiones, se optó por la suspensión de dicha medida por un año (Ley Nº 30082), al momento de elaborar esta ponencia se discutía de nuevo su legitimidad (agosto 2014), y a pesar de que eran los mismos hechos, en esta oportunidad la decisión del Congreso de la República –y el Poder Ejecutivo– fue la de derogar (Ley Nº 30237) los artículos 8 y 9 de la Ley Nº 29903.

Esperamos que en el futuro cercano, esta medida sea reestablecida, siempre que previamente se reduzca el porcentaje de informalidad y, en paralelo, se informe a las personas que no forman parte de un régimen previsional –de forma adecuada y sencilla– la importancia y necesidad de contar con un régimen pensionario, sea el público (ONP) o el privado (SPP), no solo para la vejez, pues sus prestaciones los protegerán de contingencias actuales como la invalidez o la muerte.

El problema debe enfrentarse tanto desde el ámbito económico como del jurídico.

II. EL PROBLEMA DE LA BAJA COBERTURA SUBJETIVA

La cobertura puede referirse tanto al conjunto de personas protegidas dentro de la seguridad social en determinado país, en cierto momento de su historia (cobertura subjetiva), como al conjunto de las diferentes prestaciones que se regulan a favor de sus ciudadanos (cobertura objetiva).

El Perú es el segundo país de la región con menor cobertura, y en los últimos años ha tratado de revertir (en parte) dicha situación con medidas como la creación de un régimen no contributivo (Pensión 65)[12] o implementar la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes, medidas paralelas que nos

(12) Creado por el Decreto Supremo Nº 081-2011-PCM, sobre la base del Piloto de Asistencia Solidaria "Gratitud", otorga una prestación dineraria de S/. 125.00 mensuales a favor de los mayores de 65 años en estado de extrema pobreza, según la calificación del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH).

permitirían tentar la materialización de uno de los principios básicos y esenciales que sostienen a la seguridad social: la universalidad.

Sobre este punto, cabe destacar el trato diferenciado que la Constitución de 1979 otorgó a dicho principio, en comparación con la vigente Constitución de 1993:

> **Constitución de 1979**
>
> Artículo 12.- El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación.
>
> **Constitución de 1993**
>
> Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Mientras la Carta Magna de 1979 utilizó el verbo *garantizar*, que alude –al menos en teoría– a un compromiso u obligación, la de 1993 se remite al verbo *reconocer*, que solo se refiere a la aceptación declarativa de la existencia del derecho.

Más allá del cambio de verbos y a la diferente tendencia de los gobiernos de cada época, lo cierto es que cualquier intento por ampliar la cobertura subjetiva con el objetivo de lograr la universalidad ha de estar supeditada a la situación económica y financiera del país, de ahí que en 1993 se haya agregado la referencia expresa a su carácter *progresivo* (ingreso gradual dentro del ámbito de protección).

En la actualidad, y desde su creación a mediados del siglo XIX[13], la regulación del tema pensionario en el Perú se ha basado en el régimen contributivo, por lo tanto, resulta más adecuado hablar de "seguro social" antes que "seguridad social" –en lo previsional[14]–, pues justamente es dicho modelo el que se ha mantenido en el tiempo, brindado protección directa a los trabajadores formales.

Esta situación genera lo que se conoce como la "paradoja de la protección", pues los grupos menos vulnerables (trabajadores formales) son los que se

(13) Ley de Goces, Cesantía y Montepío de los servidores y funcionarios públicos (1850).

(14) En materia de prestaciones de salud desde inicios del 2000 se ha intentado expandir este servicio a la mayoría de la población –en especial, a los sectores más pobres– a través de programas como el Seguro Integral de Salud (SIS), ampliado con la Ley Nº 29344 - Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de abril de 2009.

encuentran más protegidos[15], y los que laboran de manera independiente y en la informalidad terminan subsidiando –con sus impuestos– el pago de las pensiones de terceros, a pesar de que ellos nunca podrán percibir dicho beneficio.

Pero más allá de la discusión sobre la reforma del SPP y los demás regímenes, la pregunta es ¿y la gente que no tiene pensión?, ¿quién ve por ellos?

El problema central de la seguridad social en el mundo, en especial en los países en desarrollo, es el de la ampliación de la cobertura, sin embargo, en el Perú hay millones de personas que no se preocupan por este tema, pues no tienen acceso a una pensión o a una prestación de salud. A nada de nada.

Los datos del INEI indican que con una población total superior a los 29 millones, tenemos una población económicamente activa (PEA)[16] de unos 16 millones, sin embargo, la mayor parte de esta no tendría una protección previsional.

En efecto, complementada con la información de la ONP, la SBS, y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), se constata que la cobertura subjetiva en pensiones apenas bordea el 24 %, es decir, que por cada 10 trabajadores solo 2 gozarán en el futuro del beneficio de una prestación pensionaria.

Ante esta cruda realidad, resulta una consecuencia lógica que seamos el segundo país con menor índice de cobertura subjetiva pensionaria en Sudamérica, mientras Uruguay registra el mayor volumen (78.5 %), seguido por Chile (60.2 %), Argentina (46.2 %) y Venezuela (31.5 %)[17].

Si el éxito de un modelo de seguridad social se mide por la cobertura subjetiva, se podría afirmar que el sistema de pensiones en el Perú ha fracasado.

La pregunta que debemos hacernos sería: ¿podemos mejorar esta situación con modificaciones al esquema vigente y esperar una mayor cobertura?

La respuesta está más cerca del no que del sí, en tanto la mayoría de propuestas formuladas a la fecha –incluida la implementación de un sistema multipilar, a

(15) MANGARELLI, Cristina. "La cobertura universal del sistema de protección y seguridad social y la empleabilidad", p. 321.

(16) La población en edad de trabajar (PET) es aquella disponible para desarrollar actividades productivas (miembros del hogar de 14 y más años de edad) y se subdivide en: población económicamente activa (PEA) y población económicamente inactiva (PEI).

(17) Solo superados por Paraguay, que registra una PEA coberturada en pensiones de apenas el 10 %. MESA LAGO, Carmelo. "Presente y futuro de los Sistemas de Pensiones públicos y privados frente a la crisis mundial", p. 13.

partir del modelo proyectado en 1994 por el Banco Mundial[18]– se limitan a realizar unos ajustes a los regímenes de pensiones de los trabajadores formales, con excepción del Proyecto de Ley Nº 1929/2007-CP, que fuera presentado el 3 de diciembre de 2007 por el Colegio de Abogados de Arequipa[19], pero hasta la fecha no ha sido analizado a profundidad por el Congreso de la República.

Considerando que en el Perú la mayor parte de personas que laboran no tienen la condición de *trabajador*, al pertenecer a una economía informal, razón por la cual carecen de derechos laborales y de seguridad social –en salud y en pensiones–, debemos buscar mecanismos que nos permitan incrementar dicha cobertura, no solo para aumentar el fondo previsional, sino para asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de la mayoría de la población, con una especial incidencia en las personas en condición de pobreza y extrema pobreza, no solo en las zonas urbanas, sino particularmente en las zonas rurales, pues ello no solo disminuirá futuras exigencias sociales y una carga económica que tendrá (al final) que ser asumida por el Estado, sino que ayudará a disminuir los niveles de pobreza, como ha ocurrido en Brasil y Bolivia con programas análogos a "Pensión 65".

Como anota Morón[20], se ha pretendido atribuir el fracaso del sistema previsional a las reformas de los noventa, sin embargo, la baja cobertura subjetiva depende de las características del mercado laboral, así como de las empresas e instituciones del país, pues más de dos tercios de la PEA trabaja informalmente o por cuenta propia, existiendo una mayoría de pequeñas y microempresas –que tienen baja productividad– incapaces de contratar formalmente a sus trabajadores, a lo cual se suma una legislación que hace innecesariamente costosa la formalización.

El que millón y medio de adultos mayores no puedan reemplazar sus ingresos por pensiones de jubilación impacta también en su vida familiar, pues deben extender su ciclo laboral para poder subsistir. Esto conlleva a problemas complementarios, pues se convierten –sin quererlo– en una carga para su familia, fundamentalmente por los costos en salud, que tienden a incrementarse en esa etapa de la vida.

Esto origina una transferencia intergeneracional de pobreza, pues es casi seguro que, producto de la ausencia de ingresos suficientes, sus hijos tampoco pudieron desarrollarse cultural, económica ni socialmente, hasta un nivel que les

(18) BANCO MUNDIAL. "Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento", 457 páginas.

(19) Elaborado sobre la base del informe preparado por los Drs. Javier Neves Mujica, César Gonzáles Hunt y Christian Sánchez Reyes.

(20) MORÓN, Eduardo. *Resolviendo el problema de cobertura en el Perú*, p. 3.

permitiese lograr la autonomía: según el INEI más del 70 % de adultos mayores viven con sus hijos, y, en la mayoría de casos, la vivienda es propiedad de los primeros.

En todo caso, tomando en cuenta las experiencias pasadas, consideramos que la reforma que debe efectuarse necesariamente en el sistema pensionario con miras a ampliar la cobertura subjetiva no debe pasar por copiar normas extranjeras –casi sin modificarlas– para aplicarlas a nuestra realidad, pues ello podría distorsionar sus efectos, en tanto cada país tiene factores económicos, sociales, demográficos, y políticos propios que deben ser tomados en cuenta al aprobar una ley.

No existe un modelo universal, ni perfecto, solo mecanismos que pueden tomarse como ejemplo para adecuarlos a nuestra realidad.

La elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política, sin embargo, para ello será necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la elección de determinado modelo, lo que requiere de un debate previo en que participen todos los actores del escenario previsional: el Estado, los trabajadores, los pensionistas y los empleadores. Sin ello, no será posible lograr el objetivo final de toda reforma previsional: mejorar el nivel de las prestaciones y mantenerlas en el tiempo, para brindar una pensión digna para la mayoría de peruanos. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deberán estar al final subordinados a la obtención de dicho propósito.

III. LA INFORMALIDAD LABORAL EN EL PERÚ

La informalidad es también un concepto complejo, pues se trata de un fenómeno estructural social y económico que tiene un impacto a nivel mundial.

Como precisa Tokman[21], el concepto "sector informal" fue introducido por la OIT a partir del informe de empleo en Kenia dirigido por Jolly y Singer en 1972, pero al tratarse de un factor en evolución permanente, su definición ha variado.

La informalidad es el más grave de los problemas que afectan al mercado laboral, pues un número considerable de trabajadores se encuentran fuera del

(21) TOKMAN, Víctor. "Informalidad en América Latina: Balance y perspectivas de políticas", pp. 16-18. Para el MTPE, fue utilizado por primera vez en un artículo académico sobre Ghana (Hart, 1970). *Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral*, p. 5.

mercado, por decisión propia o por la de sus empleadores. En ambos escenarios, quedan excluidos de los beneficios que les otorgan el Derecho Laboral y el Previsional.

Este aislamiento de las normas es, en unos casos, simplemente una estrategia de sobrevivencia empresarial, pero también hay casos de deliberado incumplimiento, pues si tienen ganancias que les permitiría cumplir las obligaciones legales.

En el Perú, la informalidad se incrementó desde finales de los setenta a raíz de factores diversos como la migración masiva del campo por la centralización o el terrorismo, el abandono de la zona rural por el Estado, entre otras razones.

Como reconoce el MTPE[22], hay una fracción de empleadores a quienes, a pesar de su deseo de formalización, el sistema les resulta complejo y sus oportunidades están reducidas por la ausencia de políticas que les faciliten el desarrollo de sus esfuerzos, dotándoles por ejemplo, de capitales de trabajo y tecnología adecuada.

Cabe precisar que algunos autores como De Soto[23], tienen una versión optimista de la informalidad, al considerarla una fuerza positiva y creadora, frustrada por la incompetencia y los obstáculos de la burocracia de los Estados. Con perspectiva legalista, el considera que la desregulación es una llave esencial para dar fuerza libre al mercado y con ella, desplegar la potencialidad de los pobres, su frustrada iniciativa y capacidad emprendedora.

La decisión política no es sencilla, pues si bien lo lógico es que deben formalizarse para que todos se integren al sistema de reglas y aporten una parte de su trabajo al fisco, como hace el resto, colaborando así con el progreso del país en lugar de únicamente aprovecharlo, esta medida podría colisionar –al imponer sobrecostos laborales– con el fomento de la inversión privada, caracterizada por reducir todos los gastos adicionales posibles al empresario.

¿Cómo compatibilizar entonces la reducción de la informalidad laboral con una estimulación de la producción interna? La solución definitiva no es sencilla, pues se requiere una participación conjunta del Estado, los empresarios y trabajadores.

Según el MTPE[24], a setiembre de 2014 la informalidad entre los asalariados del Sector Privado llegaba al 56.4 %, pero en las micro empresas era del 87.8 %.

(22) MTPE. Ob. cit., p. 6.

(23) DE SOTO, Hernando. *El otro sendero. La revolución informal*, pp. 15-17.

(24) MTPE. Ob. cit., pp. 14 y 28.

Esas cifras, sin embargo, representan apenas a un tercio de la PEA, mientras que entre los dos tercios restantes tenemos un grupo considerable (independientes no calificados: 5'155,000, aproximadamente) en el cual un 86 % no está afiliado a un sistema previsional, por lo tanto, el porcentaje real de la informalidad en el Perú está más cerca del 70 %, como reconoce el INEI en la Enaho 2013.

Este dato revela que el fenómeno de la informalidad está íntimamente relacionado al trabajo independiente.

Si bien en los últimos años se han puesto en práctica algunos mecanismos para reducir esta informalidad laboral, sea a través de programas con beneficios para incentivar la formalización en la micro y pequeña empresa[25], con el saneamiento laboral parcial de los trabajadores del Estado[26] –para reducir el grupo de "falsos" independientes–, o el incremento de las visitas de los inspectores de trabajo a los diversos empleadores a nivel nacional, el problema de la informalidad tiene una raíz social mucho más profunda en la economía y nuestra realidad.

El sector informal está constituido por el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera del marco legal que rige la actividad económica, por lo tanto, pertenecer a dicho sector supone no solo estar al margen de las cargas tributarias y la normativa legal, sino que implica también no poder contar con la protección y los servicios que el Estado puede ofrecer.

Si bien la definición de informalidad puede ser simple, estimar su tamaño real no resulta sencillo, pues se trata de un fenómeno económico que al permanecer ajeno al marco legal, tiene que describirse como una variable latente no observada, es decir, un factor para el cual no existe una medida exacta, pero al cual será posible aproximarse a través de indicadores laborales como la prevalencia del autoempleo y la falta de cobertura del sistema de pensiones.

En tanto el problema de la informalidad en el Perú está conformado por aristas de orden social que pueden relacionarse con la migración de inicios del siglo pasado, el centralismo de los setenta y la invasión masiva desde los andes hacia la capital en los ochenta, producto del terrorismo, que trajo como consecuencia el aumento del comercio ambulatorio y la aparición de verdaderos emporios

(25) Decreto Supremo Nº 007-2008-TR, que regula la Ley de la Micro y Pequeña Empresa.

(26) Decreto Legislativo Nº 1057, en vigencia desde el 29 de junio de 2008, que regula una figura denominada Contrato Administrativo de Servicios (CAS), que crea una relación de naturaleza administrativa (no laboral) en la cual se contemplan ciertos derechos mínimos –incluida la afiliación previsional– para el trabajador que ingrese al Estado y para quienes ya venían laborando bajo contratos de servicios no personales.

dedicados a la comercialización de mercadería ilícita, bajo la anuencia estatal y colectiva[27], al ser un extremo que no corresponde al presente comentario, nos centraremos en sus incidencias en el plano laboral y previsional.

Como precisa Boza[28], no estamos ante un fenómeno nuevo, pero lo novedoso del tema radica en su progresiva expansión e institucionalización en diversos ámbitos y en todos los países, por lo tanto, tiene mayor trascendencia económica y social para la vida de las personas. Pero además, se ha convertido en una situación habitual para muchos, convirtiéndose en un problema complejo que conecta factores éticos, sicológicos y, al mismo tiempo, estructurales, pues afecta el funcionamiento de los procesos productivos.

El sostenimiento del esquema de la seguridad social en una relación laboral o en una actividad económica formal no solo garantiza la capacidad contributiva de sus beneficiarios, sino además facilita la recaudación y fiscalización, garantizando su viabilidad. La informalidad deja a amplios sectores de la población al margen de la protección previsional.

Por tal razón, cobra especial importancia para la seguridad social la formalización e institucionalización de la actividad económica, siendo la clave para la ampliación de la cobertura subjetiva y el mejoramiento de la calidad de sus servicios.

El reconocimiento de la complejidad del problema y del carácter multidimensional de su solución no niega la existencia de las responsabilidades específicas que le corresponde a cada uno de los sectores estatales y de la necesidad de establecer objetivos que hagan posible la evaluación de la actividad desplegada por el Estado –junto a los empleadores y trabajadores– para lograr estos propósitos.

Se debe proyectar un sistema con los incentivos adecuados para la inclusión de todos los trabajadores en el mercado laboral formal. No obstante, debe tenerse en cuenta que estas políticas deben contemplar simultáneamente dos estrategias:

- Aquellas acciones en que la formalización es motivada por medio de la sanción por el incumplimiento (fiscalización laboral), y,
- Aquellas en las cuales el incentivo existe por medio de una acción directa de promoción de la formalización (incentivos).

(27) Existen fenómenos sociales y económicos vinculados a la migración, como la invasión de la periferia de Lima: el caso más emblemático fue tal vez el de Villa El Salvador, o la toma de zonas comerciales como Gamarra, en el distrito de La Victoria.

(28) BOZA PRÓ, Guillermo. *Informalidad y relaciones laborales*, pp. 45-46.

Como indica la OIT[29], debe difundirse una cultura empresarial en la cual se asuma que son los trabajadores con condiciones laborales adecuadas y con expectativas de permanencia en la empresa los que generan una mayor productividad.

Compartimos la opinión de Arce[30], en el sentido de que los conceptos tradicionales del Derecho del Trabajo cada día se alejan un poco más de la realidad, pues se aplica a menos personas, pues sus garantías aluden a las relaciones jurídicas personales, remuneradas y subordinadas, cuyo ámbito se restringe a no más de la tercera parte de la PEA, mientras los que laboran y se encuentran fuera de este ámbito de protección pasan del 60 % de la población. Se debe apuntar a mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos, no solo de un grupo. Se debe luchar por la desaparición de la precariedad, mediante programas de protección social, sin importar categorías jurídicas ancladas en el pasado. No sirve de nada tener una excelente legislación laboral que en la mayoría de los casos garantiza los derechos de los sujetos pertenecientes al núcleo de producción, pues los trabajadores marginales no gozan de dichos beneficios.

IV. LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS INDEPENDIENTES

Para Casali y Pena[31], existe consenso en caracterizar al grupo de trabajadores independientes como heterogéneo y con alta incidencia de la informalidad. En el primer caso, fundamentado en la amplia gama de actividades que involucra al grupo objeto de estudio y que fluctúa desde profesionales con altos ingresos hasta trabajadores con baja capacidad contributiva o ingresos de subsistencia (artesanos y comerciantes de mercados, campos feriales y ambulantes, entre otros). En el segundo, debido a la alta proporción de trabajadores independientes que realizan sus actividades de manera informal.

Desde una perspectiva técnica, el INEI[32] define al trabajador independiente como "la persona que explota su propia empresa o negocio, o ejerce por su cuenta una profesión u oficio, sin tener a su cargo ningún trabajador remunerado". Por su parte, la Sunat[33] considera a los independientes como: "todos los profesionales y

(29) OIT. *La transición de la economía informal a la economía formal*, pp. 47-48.

(30) ARCE ORTIZ, Elmer. *Informalidad, Derecho y Derecho Social*, pp. 85-86.

(31) CASALI, Pablo y PENA, Hernán. *Los trabajadores independientes y la seguridad social en el Perú*, p. 24.

(32) En: <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0862/anexo04.pdf>.

(33) En: <http://www.guiatributaria.sunat.gob.pe/index.php/contribuyentes/rentas-del trabajo>.

no profesionales que desarrollan libre e individualmente cualquier profesión, oficio, arte o ciencia, capaces de generar ingresos por la prestación de sus servicios".

Como hemos señalado anteriormente, hasta el 31 de julio de 2013, en el Perú la afiliación de los trabajadores independientes a un régimen pensionario –SNP o SPP– era voluntaria, como se aprecia de la transcripción de las siguientes normas:

> **D.L. Nº 19990**
>
> Artículo 4.- Podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley:
>
> a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y
>
> b) Los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuación facultativa.
>
> **D.S. Nº 054-97-EF**
>
> Artículo 4.- La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP. Tal afiliación es voluntaria para todos los trabajadores dependientes o independientes. (...)

La discusión respecto a la necesidad de incorporar forzosamente a dicho grupo laboral dentro del sistema previsional no es nueva, pues ya en 1999 la hoy extinta Superintendencia de AFP llevó a cabo un estudio específico de este tema[34], que fuera también analizado por la Comisión Técnica creada por la Ley Nº 28991[35].

En ambas oportunidades existía consenso en cuanto a la afiliación obligatoria, pero también en reconocer que el principal obstáculo para implementar esa medida era la dimensión operativa del proyecto, pues para hacer efectiva la propuesta tendría que efectuarse, cuando menos, los siguientes ajustes legales:

- Establecer el momento en el cual se ejecutaría la afiliación, determinando si existiría alguna responsabilidad por la omisión o la demora.
- Precisar el momento en que nacería la obligación de aportar: ¿sería mensual o anual, junto con el pago del Impuesto a la Renta?

(34) SAFP. "Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: El caso de los trabajadores independientes", 102 páginas.

(35) Informe Final de la Comisión Técnica (2007), pp. 76-78.

- Determinar la entidad recaudadora y su retribución: ¿se recurriría a la Sunat[36] o se crearía una entidad especial (pública o privada)?

- Fijar el porcentaje de los aportes y la responsabilidad de la retención, así como el mecanismo de declaración y pago.

La afiliación obligatoria debería generar dos consecuencias positivas:

a) Incrementar la cobertura subjetiva, por una mayor cantidad de personas afiliadas a la seguridad social, que podrían gozar en el futuro de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes.

b) Aumentar la recaudación, pues en este grupo se incluye a profesionales, técnicos y personas naturales con negocios (empleadores) con altos ingresos.

Hasta antes de la dación de la Ley de Reforma, la afiliación de los independientes a un régimen pensionario era mínima: apenas un porcentaje del 11 %.

La Ley Nº 29903 pretendió solucionar el problema al establecer la obligatoriedad de la afiliación a un régimen pensionario –sea el SNP o SPP– de los trabajadores independientes nacidos a partir del 1 de agosto de 1973, que perciban ingresos mensuales totales de cuarta o de cuarta-quinta categoría iguales o mayores a una RMV, que giren recibos de honorarios.

Cabe señalar, que si bien ratificamos nuestra postura en el sentido de estar a favor de la afiliación obligatoria, debe reconocerse tanto la complejidad operativa que se impuso a los asegurados, como consta en los modelos de recibos de honorarios de la propia Sunat, como la ausencia de beneficios colaterales que incentivasen a los independientes a incorporarse a un sistema previsional.

Los reclamos sociales que se presentaron el año pasado con ocasión de entrar en vigencia dicho mandato obligaron al Estado a prorrogar la obligatoriedad del pago de los aportes –no la de afiliación– hasta el 2014 (Ley Nº 30082)[37], sin embargo, al pretender aplicar nuevamente el mandato las protestas se reactivaron, originando un resultado distinto (derogatorio) por los mismos hechos.

Dejamos constancia que en la Nota de Prensa Nº 120 publicada el 4 de agosto en su página web, el INEI precisa que existen unos 2 millones 700 independientes

(36) Desde el 30 de julio de 2000 dicha entidad estatal es la encargada de recaudar los aportes de ONP y EsSalud, por mandato de la Ley Nº 27334.

(37) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de setiembre de 2013.

menores de 41 años, de los cuales solo el 13.3 % (unos 351 mil) cuenta con RUC, por tanto, solamente a dicho grupo alcanzaría la obligatoriedad de la norma.

En la medida que existen muchas personas que realizan labores productivas sin la dependencia a un empleador, puede afirmarse que el concepto de trabajador independiente (o autónomo) nace de un dato negativo.

A efectos de este trabajo, consideraremos como trabajadores independientes susceptibles de ser sometidos a una afiliación obligatoria previsional:

- A los trabajadores por cuenta propia formales.
- A los trabajadores dependientes de empleadores formales, pero que no están en planillas (falsos independientes); y,
- A los empleadores (personas naturales) que no están en planillas.

Si bien en los grupos señalados se podrían considerar (teóricamente) a quienes laboran en el comercio ambulatorio, lo más adecuado sería excluir inicialmente de esta obligatoriedad a aquellas personas que perciben ingresos irregulares, que se encuentren por debajo de la RMV. Este grupo debe ser materia de una regulación especial o evaluar su inclusión en los regímenes asistenciales de prestaciones no contributivas, como "Pensión 65".

La finalidad de esta medida es ampliar la cobertura subjetiva, pero en la medida que la fiscalización es uno de los principales problemas de su implementación, se debería iniciar este proyecto enfocándonos en los independientes que perciben un ingreso medio o superior, que pueda ser más fácil de detectar a través del circuito tributario, lo que no ocurre en el caso del trabajador ambulatorio.

El problema del bajo índice de independientes afiliados al régimen de pensiones –de forma voluntaria– no es un fenómeno que solo se presente en el Perú.

Para Paredes e Iglesias[38], existen diversos factores que influyen en esta decisión de no afiliarse, los que han sido agrupados en dos categorías:

a) Factores no relacionados con el modelo pensionario: Dentro de esta clasificación, se consideran circunstancias variadas como:

(38) PAREDES, Ricardo y IGLESIAS, Augusto. *Análisis de propuestas para aumentar la cobertura de trabajadores independientes en el Sistema de AFP*, p. 30.

- El nivel de ingreso. Quien percibe un menor ingreso prefiere la liquidez actual que una pensión futura (prioridad), mientras quienes perciben un mayor ingreso cuentan con ahorros, seguros privados o invierten en el mercado financiero o bursátil.
- El acceso al crédito. Los ingresos excedentes se utilizan para financiar proyectos, como la adquisición de una casa.
- La informalidad laboral.
- El bajo nivel del salario mínimo: solo cubre las necesidades básicas.
- Las características del impuesto a la renta. No existen incentivos para la aportación, además, los independientes siempre declaran ingresos por debajo de lo percibido realmente.
- La interacción con otros programas asistenciales. Si pueden acceder a una prestación dineraria por otra vía, sin tener que aportar, lo harán.
- Las características demográficas. A mayor edad recién se desarrolla la preocupación por la jubilación: por lo general, a partir de los 50 años.
- El nivel de educación.

b) Factores relacionados con el modelo pensionario: En esta clasificación podemos encontrar los siguientes supuestos:

- La tasa de aportación. En el Perú, 13 % y 10 % de la remuneración, para el SNP y el SPP, respectivamente.
- La bajo nivel de la tasa de retorno.
- Las comisiones. En el caso de las AFP era del orden del 2 %.
- Los costos de transacción. Procedimientos de afiliación y recaudación complejos, en especial para las zonas rurales.

Existe una confusión entre las obligaciones y beneficios de la seguridad social.

Estos autores consideran[39] que la motivación para afiliarse (o la falta de esta) es la misma entre los trabajadores independientes y los dependientes, la diferencia es que estos últimos están obligados a incorporarse a un régimen previsional, de lo contrario, posiblemente tampoco estarían afiliados[40].

Como precisa Gonzáles[41], el trabajador independiente debe tener la obligación de cotizar para un régimen pensionario, pues la previsión social no solo constituye un derecho, sino también un deber social, ya que con ocasión de realizar una labor el individuo establece un vínculo directo de responsabilidad económica para con su núcleo familiar, que tiene incluso un reconocimiento constitucional (arts. 4 y 6 de la Carta Magna de 1993), por ello, en tanto la pensión vendría a sustituir su retribución, esta constituiría una garantía del mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad para sus derechohabientes.

En países vecinos como Chile[42] y Uruguay[43], el sistema tributario es precisamente el conducto a través del cual se viabiliza el pago y recaudación de los aportes de los trabajadores independientes, sea con un mecanismo de ingreso gradual (2012 a 2014, pues a partir del 1 de enero de 2015 será totalmente obligatorio), como a través de un impuesto especial denominado "monotributo".

Para Bertranou[44], la baja cobertura de los trabajadores independientes en la región es producto de varios factores. Por un lado, las limitaciones estructurales en la generación de empleo asalariado de calidad; por otro, también concurren los problemas de diseño de los programas de seguridad social como las restricciones institucionales para una efectiva política pública. De esta forma, la baja cobertura es explicada por el tipo de inserción laboral y su baja capacidad contributiva; a ello se suma la falta de incentivos adecuados para la adhesión y la incapacidad del Estado para hacer cumplir la obligatoriedad de las cotizaciones.

(39) Ibídem, p. 33.

(40) Existen propuestas alternativas, como la de Solange Berstein, Gonzalo Reyes y Francisco Pino ("Trabajadores independientes: ¿Incentivarlos u obligarlos a cotizar? Una tercera opción"), que plantean una tercera posibilidad fuera de la afiliación obligatoria o voluntaria, que denominan "decisión activa para no cotizar": la persona decidirá si aporta o no recién en el momento que presenta su declaración anual de Impuesto a la Renta, si es que cuenta con un monto a su favor por concepto de "devolución". Creemos que esta opción también estaría condicionada a la voluntariedad.

(41) GONZALES HUNT, César. *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 85.

(42) CIFUENTES LILLO, Hugo. *Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes*, pp. 69-81.

(43) LANZILOTTA, Bibiana. *El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay*, pp. 35-83.

(44) BERTRANOU, Fabio. *Economía informal, trabajadores independientes y cobertura de la Seguridad Social en Argentina, Chile y Uruguay*, p. 3.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a la conclusión de que es necesario afiliar de manera obligatoria a los trabajadores independientes –no a todos a la vez, sino de manera progresiva–, pero también nos muestra que existe una ausencia total de interés en las personas menores de 50 años por el tema pensionario, lo cual solo podrá ser revertido con la implantación de la educación previsional desde el nivel primario hasta el superior, pues en tanto el propio individuo no sea conciente de la necesidad de ahorrar para el futuro (cuando no pueda trabajar), cotizando desde hoy tanto para salud como para pensiones, todo proyecto quedará trunco.

El compromiso de la reforma del SPP es formar conciencia en sus afiliados, en especial en los jóvenes, que el futuro de la expectativa del monto de su pensión está directamente relacionado con el capital acumulado en su cuenta individual, en cada momento de su vida laboral, por ello, resulta fundamental implementar –a nivel básico y superior– un plan nacional de cultura y educación previsional.

Esta medida es indispensable, si tenemos presente el aumento de la esperanza de vida de hombres y mujeres al pensionarse, ya que técnicamente será necesario contar con un mayor fondo para lograr en el tiempo el mismo nivel de pensión.

Los independientes tendrían una mayor disposición de formalizarse y cumplir las disposiciones previsionales, siempre que obtengan condiciones especiales, más accesibles, además del reconocimiento a atenciones de salud con costos más bajos. Debería evaluarse la aplicación de un producto que permita el otorgamiento de un beneficio conjunto –salud y pensiones– con el pago de un solo aporte.

V. MEDIDAS CONCRETAS PARA LA AFILIACIÓN DE INDEPENDIENTES

Tomando en cuenta las propuestas contenidas en los informes de la SAFP (1999) y la Comisión Técnica (2007), así como las aplicadas en otros países de la región, presentamos algunas medidas a considerar para una futura regulación del tema:

a) Programa de aportaciones diferenciadas: Mediante tasas de aportación escalonadas que se incrementarían o reducirían, según el caso, en función de la edad y a los ingresos. Esta tasa no se modificaría en el tiempo, y les permitiría acceder a un porcentaje del tope de la pensión mínima del SNP, dependiendo del monto de su cotización:

Ingreso total	1-3 RMV	4-6 RMV	7-9 RMV	+ 10 RMV
Tasa aplicable	6 %	7 %	8 %	10 %
Beneficio	50 % PM	70 % PM	80 % PM	100 % PM

Los independientes perciben ingresos variables, en monto y tiempo, por lo que resulta razonable que la tasa de aporte sea distinta a la aplicada a los dependientes, sin embargo, esto también origina que el beneficio que van a reciban sea proporcional a dicha cotización.

b) Beneficios colaterales: En primer lugar, facilitando el acceso a atenciones de salud, para captar el interés de los informales. Podría establecerse uno o más planes o capas de cobertura, dependiendo del nivel de cotización, pero todos los afiliados tendrían acceso a una prestación sanitaria.

Debe evaluarse también la posibilidad de deducir del pago del Impuesto a la Renta Anual el monto pagado por los aportes previsionales.

c) Facilidades operativas: Medidas orientadas a mejorar el pago del aporte, parar reducir los costos de operación y transacción (declaraciones virtuales o pagos a través de celulares, en especial en las zonas rurales), utilizando un solo formulario que unifique las aportaciones pensiones y salud.

d) Retiros parciales: En el caso del SPP, que cada afiliado tiene una cuenta individual, debería permitirse que al cumplir una edad no menor a 55 años, y siempre que se cuente con un fondo cuya densidad de aportes no afecte el monto de la futura pensión, se realicen retiros –por porcentajes menores– para fines complementarios como la atención de una enfermedad, el pago de los estudios de los hijos o pagar la cuota inicial de la vivienda familiar.

e) Topes de aportación: Para asegurar al grupo que será incluido dentro de la obligatoriedad deben fijarse referentes mínimos y máximos, colocando el extremo inferior en la RMV, y el máximo (remuneración asegurable) podría ser de 5, 7 o 10 RMV, de forma tal que si el trabajador independiente tiene un ingreso superior al referente, la diferencia no esté afecta al descuento.

f) Estímulo al aporte continuo: Implementar programas de "premios" en los cuales el Estado se comprometa a aportar en la cuenta del asegurado que ha realizado –por ejemplo– un aporte continuo de dos años, pagando "un sol adicional por cada sol cotizado", sujeto a un máximo en montos y duración.

Si el Estado está implementando una medida obligatoria que representará un descuento en los ingresos de los trabajadores independientes, debe de asumir algunos costos para atraer a dicho grupo dentro del sistema.

g) Jubilación temporal: En el SNP, en que para acceder a una prestación es necesaria la acreditación de aportaciones, requisito que en los últimos años ha originado una importante cantidad de solicitudes rechazadas, pues los trabajadores no cuentan con la documentación que acredite sus labores y sus empleadores no están en actividad, lo que impide corroborar su historia laboral, podría evaluarse la implementación de modalidades de jubilación temporal, para quienes cuenten con 10 a 15 años mínimos de aportes.

h) Micropensiones: Tomando como referente la propuesta del BBVA[45], para los trabajadores independientes con ingresos iguales o menores a una RMV se deberían crear programas con aportes diarios en cuentas previsionales ad hoc –en bancos comerciales (incluido el Banco de la Nación)– de S/. 1.00 a S/. 2.00, que les garanticen una pensión mínima básica.

i) Aporte comercial rural: Evaluando previamente su viabilidad en nuestra realidad, deberían estudiarse experiencias exitosas de la región en cuanto al aporte comercial rural, como la de Nestle en Colombia (Caso Nespresso), en la cual dicha empresa pactó libremente con asociaciones y cooperativas agrarias que una parte del pago de la compra mensual de café se destinaría a las cuentas previsionales de sus integrantes, a través de un convenio con el instituto colombiano de seguridad social, de forma tal que se aseguraba –por un tiempo y monto predeterminado– un aporte continuo a dicho fondo.

(45) BERNAL, Noelia (et ál). *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas*, pp. 113-116.

En la medida que la ausencia de cobertura en nuestro país es mayor en la zona rural y de selva, esta medida podría replicarse para ciertos productos de importación y exportación regular.

Dejamos constancia, en todo caso, que ninguna de estas propuestas tendría una efectividad real si no se toman medidas concretas para reducir la informalidad en el campo laboral. La aprobación de la Estrategia Sectorial del MTPE es un primer paso. El Estado debe enfrentar este problema de manera rápida y frontal.

Finalmente, junto con los mecanismos operativos que procuren atraer o interesar a los trabajadores independientes en formar parte de un sistema previsional, será indispensable la implementación de dos de los varios temas pendientes de la Ley Nº 29903: el Consejo de Participación Ciudadana en Seguridad Social (COPAC) y el Fondo Educativo del Sistema Privado de Pensiones (FESIP), que sumados al establecimiento en la currícula –del nivel básico, secundario y superior– del curso de "Educación Previsional", debe formar en nuestros ciudadanos, desde la más temprana edad, la conciencia de la importancia y necesidad de ser parte de un régimen previsional, como beneficiarios y aportantes, pues la pensión no solo es un derecho, sino también un deber.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTÍZ, Elmer. "Informalidad, Derecho y Derecho Social". En: *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Libro de ponencias del I Congreso Nacional de la SPDTSS, Trujillo, 2004.

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.

BERSTEIN, Solange; REYES, Gonzalo y PINO, Francisco. "Trabajadores independientes: ¿Incentivarlos u obligarlos a cotizar? Una tercera opción". En: *En foco*. Nº 66, Santiago, 2006.

BERSTEIN, Solange. *Implementación de la reforma previsional en Chile*. Superintendencia de Pensiones, Santiago de Chile, 2011.

BERTRANOU, Fabio. *Economía informal, trabajadores independientes y cobertura de la Seguridad Social en Argentina, Chile y Uruguay*. OIT, Santiago de Chile, 2007.

BOZA PRO, Guillermo. "Informalidad y relaciones laborales". En: *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Libro de ponencias del I Congreso Nacional de la SPDTSS, Trujillo, 2004.

CASALI, Pablo y PENA, Hernán. *Los trabajadores independientes y la seguridad social en el Perú*. OIT, Lima, 2012.

CIFUENTES LILLO, Hugo. "Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes". En: AA.VV. *Reforma Previsional*. SCHDTSS, Santiago, 2008.

CRUZ-SACO, María; MENDOZA, Juan y SEMINARIO, Bruno. *El sistema previsional del Perú: Diagnóstico 1996-2013, proyecciones 2014-2050 y reforma*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2014.

DE SOTO, Hernando. *El otro sendero. La revolución informal*. 1ª ed., Editorial El Barranco, Lima, 1986, .

GONZALES HUNT, César. *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tesis para optar el Grado de Magíster, Maestría de Derecho Laboral y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

HILARIO MELGAREJO, Ana. "La extensión de la cobertura previsional a los trabajadores independientes". En: *Soluciones Laborales.* Nº 80, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.

LANZILOTTA, Bibiana. "El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay". En: AA.VV. *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*. OIT, Montevideo, 2009.

MANGARELLI, Cristina. "La cobertura universal del sistema de protección y seguridad social y la empleabilidad". En: *Revista Derecho Laboral.* Nº 230, Montevideo, 2008.

MESA LAGO, Carmelo. "Presente y futuro de los sistemas de pensiones públicos y privados frente a la crisis mundial". En: *VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Cartagena de Indias, mayo de 2010.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE). *Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral*. Lima, 2014.

MORÓN, Eduardo. *Resolviendo el problema de cobertura en el Perú*. Centro de Investigación. Universidad del Pacífico, Lima, 2008.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La transición de la economía informal a la economía formal*. Ginebra, 2013.

PAREDES, Ricardo y IGLESIAS, Augusto. *Análisis de propuestas para aumentar la cobertura de trabajadores independientes en el Sistema de AFP*. Santiago de Chile, 2004.

SUPERINTENDENCIA DE AFP (SAFP). "Ampliación de la cobertura previsional en el SPP: El caso de los trabajadores independientes". En: *Estudios Previsionales.* Nº 1, Lima, 1999.

TOKMAN, Víctor. "Informalidad en América Latina: Balance y perspectivas de políticas". En: *Revista Internacional de Estadística y Geografía.* Nº 3, 2011.

PONENCIAS LIBRES

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y PROGRESIVIDAD, A PROPÓSITO DE LAS APORTACIONES ANTERIORES A OCTUBRE DE 1962 EN EL PERÚ

CARLA BENEDETTI ORTEGA[1]

I. INTRODUCCIÓN

Se podría afirmar que en todos los tiempos se han manifestado situaciones de extrema necesidad en los seres humanos, como son las enfermedades, miseria, entre otros. Asimismo, se puede aseverar que ante todas estas circunstancias, siempre se produjeron diversas reacciones de parte de las sociedades las cuales definitivamente se acomodaron a la cultura y circunstancia de cada sociedad mereciendo diversas formas de protección, desde las medidas protectoras inespecíficas, luego de ello la previsión individual, posteriormente los instrumentos específicos y finalmente, se produce el nacimiento de la seguridad social.

Así, como institución jurídica, la Seguridad Social tiene un vasto contenido: desde principios que buscan alcanzar el aseguramiento de condiciones dignas de vida del individuo hasta todas las disposiciones legales que desarrollan su concretización, siendo el Estado el actor que juega el rol de garante de dichas obligaciones.

La inquietud para desarrollar el tema principal de este artículo surge a partir de verificar que el Estado a través de su entidad encargada de administrar los fondos de pensiones, considera que debe establecerse un límite en el reconocimiento de los aportes realizados por los trabajadores para la obtención del

(1) Abogada asociada senior de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

derecho a la pensión como prestación de la seguridad social, ello en tanto consideran que al iniciarse la protección de necesidades sociales, la finalidad de los aportes era únicamente la obtención de prestaciones provisionales de los riesgos de enfermedad, maternidad e implementación de la protección sanitaria, argumentos que siendo discutidos en procesos judiciales, han dado origen a pronunciamientos contradictorios por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República.

II. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Definición doctrinaria

El concepto de seguridad social ha sido ampliamente utilizado por la doctrina nacional y extranjera, las cuales, a pesar de sus variaciones, llegan en casi todas las ocasiones a un punto en común, que consiste en su reconocimiento como derecho de carácter fundamental que debe ser asegurado por los Estados. No podría ser de otro modo dado que forma parte del proceso de otorgar a sus ciudadanos una vida digna en toda su dimensión, como también su vital importancia en el desarrollo y crecimiento económico de un Estado.

La Seguridad Social ha sido caracterizada también como un "concepto mutable", que ha ido evolucionando a lo largo de los años y de acuerdo a los diferentes ámbitos sociales y espacios territoriales. Es por esto que la Seguridad Social evoca una amplitud, en la medida que su contenido está condicionado al desarrollo que se le ha dado como derecho fundamental, como también del conjunto de normas y principios que pretenden facilitar el ejercicio de este derecho.

Partiendo de afirmar la naturaleza fundamental el derecho a la seguridad social, Jorge Toyama ha señalado que "Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier sistema jurídico y que se derivan de valores superiores que tienen por fuente a la dignidad humana, y que inspiran, determinan y fundamentan a dicho sistema"[(2)]. Coincidimos con Toyama en tanto los derechos fundamentales, al tener como fuente a la dignidad humana, son el motor principal de todo el sistema jurídico, siendo una muestra de ello el derecho a la seguridad social, que impulsó todo el sistema de Seguridad Social que rige en los Estados, como es en el caso del Perú.

(2) TOYAMA, Jorge. "La Constitución: fuente del Derecho Laboral". p. 68.

2. Definición jurisprudencial

El Tribunal Constitucional, en varias sentencias, entre ellas, las sentencias Nº 2186-2002-AA y la Nº 008-96-I, ha señalado lo siguiente:

> "La seguridad social es un derecho fundamental que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener una existencia en armonía con dignidad, teniendo presente que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado"[3].

En la misma línea, la Sentencia STC Exp. Nº 10063-2006-PA/TC sostiene que:

> "De su relación indisoluble con la dignidad de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales"

De este modo, el Tribunal Constitucional define a la seguridad social principalmente como un derecho fundamental, es decir, inherente a todo ser humano, lo cual supone que todas las personas de distintas instituciones y mecanismos deben ser capaces de otorgar directamente las facilidades para asegurar la eficacia de este derecho. El fin, entonces, viene a ser la búsqueda de alcanzar una vida digna, siendo este el principal objetivo del Estado al reconocer a la Seguridad Social. Vemos así que, en el caso peruano, el Estado intenta concretizar esta institucionalidad mediante la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la cual se encarga de cubrir las contingencias que estancan el ejercicio del derecho a la seguridad social en conjunto con los mecanismos necesarios como son el aporte de sus afiliados.

3. Principios de la Seguridad Social

Los principios que la doctrina ha desarrollado a lo largo de los años, citando a Rendón Vasquez[4], son: *universalidad, internacionalidad, integralidad, uniformidad, solidaridad y unidad.*

No obstante la clasificación antes mencionada, es necesario hacer referencia a los principios reconocidos en nuestra Constitución Política del Estado, para efectos de efectuar el análisis propuesto:

(3) El Tribunal Constitucional ha redactado esta misma definición exacta en una amplia variedad de sentencias.

(4) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. "Derecho de la seguridad Social". pp. 92-94.

1) **Principio de dignidad,** reconocido por el artículo 1 de la Constitución, que señala que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Martínez Vivot[5], citando a Vásquez Vialard, señala que parece superabundante y obvio destacar el principio de "dignidad del hombre y su libertad", ya que desconocerlo sería precisamente negar el derecho y renunciar al proceso que a su respecto tiene la sociedad, si no lo dirigiera a respetar y a reafirmar la libertad del hombre.

2) **Principio de igualdad,** reconocido en el inciso 2, del artículo 2 de nuestra constitución, por el cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe estar discriminado por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. En el ámbito de la seguridad social, este principio debe funcionar tanto en el aspecto contributivo, como en lo relativo al goce de los beneficios, de esta manera se eliminaran discriminaciones arbitrarias en situaciones objetivamente similares. Es un tratamiento igual a los iguales en circunstancias iguales[6].

3) **Principio de universalidad,** la generalización de la seguridad social a todos los trabajadores y, en algunos casos, a toda la población, está reconocida como una meta deseada o como un derecho en todas las constituciones.[7] Nuestra Constitución Política reconoce este principio en el artículo 10°, al establecer que el Estado reconoce el derecho universal de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

4) **Principio de solidaridad,** en palabras de Emilio Morgado, en caso todas las constituciones existen alusiones directas al principio de la solidaridad como informante de la seguridad social y determinante de su papel en las políticas redistributivas. Es expresamente mencionado en algunas Constituciones, sin embargo en la Constitución

(5) MARTÍNEZ VIVOT, Julio. *Elementos del Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 2ª ed. corregida y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 585.

(6) Ídem.

(7) Ídem.

Peruana este principio es incorporado al regularse las aportaciones financieras para el funcionamiento de la seguridad social[8].

5) **Principio de progresividad,** reconocido también en el artículo 10 de nuestra Constitución, cuando se establece que el Estado reconoce el derecho *progresivo* de todas persona a la seguridad social. Este principio envuelve el concepto de un avance constante hasta alcanzar una meta ideal. Se fundamenta en la imposibilidad material de garantizar la vigencia efectiva de la plenitud de los derechos de la seguridad social, por lo que se ha optado por el acceso gradual a cada uno de los derechos y beneficios correspondientes[9].

6) **Principio de equilibrio presupuestado,** el Tribunal Constitucional en la sentencia Nº 004-2004-CC/TC, incorpora este principio de equilibrio financiero. Así, este tribunal supremo reconoce que el artículo 78 de la Constitución establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país[10]. Además este principio también está reconocido en el segundo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, al señalar el ahorro presupuestal como el fundamento de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias.

III. LAS PRESTACIONES

1. Definición

Las prestaciones vendrían a ser el instrumento que tienen los sistemas de Seguridad Social para proteger las situaciones de necesidad. En palabras de Maria José Rodríguez Ramos, las prestaciones son auténticos derechos subjetivos de carácter público dimanantes de la existencia de un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y

(8) Ídem.

(9) Ídem.

(10) GARCÍA GRANARA, Fernando. "La Sostenibilidad Financiera en los Regímenes de pensiones". En *Libro de Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Arequipa, 2006, p. 874.

condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca(11).

En términos generales, puede decirse que la función de los regímenes de la seguridad social consiste todavía hoy en proveer medios de subsistencia y asistencia médica. Sin embargo, en la seguridad social se prevé para cada una de las principales causas de necesidad una prestación específicamente destinada a cubrir la contingencia, y en la mayoría de los casos dicha prestación debe ser suministrada por un organismo especialmente creado al efecto(12).

Se podría definir también a *las prestaciones* como el mecanismo de *ayuda* para lograr la seguridad cuando algún infortunio la rompe o amenaza, que es el verdadero sentido de las prestaciones de la Seguridad Social(13).

Habiéndose establecido que las prestaciones sociales son los instrumentos de la seguridad social, es preciso que sean efectivas, y para ello es necesario, en palabras de Carlos Marti Bufill, que sean suficientes, para defender la estabilidad familiar amenazada por la contingencia; después, *oportunas* para actuar precisamente en el momento en que hagan falta; y por último, *completas* para actuar contra cualquiera de los tipos de necesidades e infortunios calificados como sociales(14).

A nivel de la OIT se ha expresado que las prestaciones deben ser suficientes para aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar, o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia(15).

2. Clasificación de las prestaciones

Las prestaciones de Seguridad Social pueden otorgarse en: (i) dinero; o (ii) en especie(16).

Así, el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, distingue nueve tipos de prestaciones, establecidas en un orden que no pretende traducir

(11) RODRÍGUEZ RAMOS, María José. "La acción protectora en el sistema de seguridad social". En: *Libro de Sistema de Seguridad Social*. 11ª ed., 2009, p. 104.

(12) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Introducción a la seguridad social*. Ginebra, 1970, p. 42.

(13) MARTI, BUFILL, Carlos. *Derecho de la Seguridad Social - Las prestaciones*. 2ª ed., Madrid, 1964, p. 21.

(14) Ibídem, p. 27.

(15) Recomendación Nº 67, Principios Directivos. Bases. num. 1.

(16) RODRÍGUEZ RAMOS, María José. Ob. cit. p. 105.

su importancia relativa. Las ramas en que suele agrupar a dichas prestaciones para fines de organización administrativa son las siguientes: (i) asistencia médica; (ii) enfermedad; (iii) prestaciones de desempleo; (iv) prestaciones de vejez; (v) prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; (vi) prestaciones familiares; (vii) prestaciones de maternidad; (xi) prestaciones de Invalidez; (ix) prestaciones de sobrevivientes.

En opinión de María José Rodríguez Ramos que, si las prestaciones son en dinero pueden abonarse en pago único, al que se le puede denominar indemnización, o pagos periódicos, que pueden ser vitalicias, temporales, que están referidas básicamente a las pensiones. Las prestaciones en dinero deberían ser de monto tal "que permitan a la persona seguir viviendo en condiciones similares a las que tenía cuando disfrutaba de su condición de trabajo[17].

Por otra parte, como se ha señalado, las prestaciones también pueden ser técnicas o en especie, y estas se centran en la asistencia sanitaria, que puede consistir en la prestación médica, hospitalaria y prestación farmacéutica, teniendo finalidades diversas (recuperadoras, curativas, preventivas o rehabilitadoras).

Sin embargo, Martin Fajardo, al hacer referencia a ciertas clases de prestaciones, considera la siguiente idea: Siendo las prestaciones sociales el fin último de la Seguridad Social (ya que otros mecanismos institucionales le sirven de medios para alcanzar dicho fin), no es posible sin embargo situarlas dentro de un cuadro estable, sino dentro de uno transitorio. ¿Por qué? Sencillamente, por la constante mutabilidad y transformación general de los hechos sociales que hacen del hombre sujeto y objeto de repercusión de esos vaivenes insospechados.

Así, a partir de lo antes indicado, se puede señalar que, la Seguridad Social, a través de sus distintas prestaciones, busca objetivos no solo de protección económica, sino también objetivos de protección sanitaria o de rehabilitación y esta búsqueda se presenta de manera permanente con la finalidad de alcanzar el bienestar social ya sea individual o colectivo, partiendo del hecho de hacer evidente la solidaridad ante cualquier infortunio o necesidad, y ello siempre se ha manifestado y seguirá manifestando de distintas maneras en cada etapa y transformación de la sociedad.

En efecto, teniendo presente los principios que rigen a la Seguridad Social, Gonzáles Hunt ha señalado que, citando a Olea y Plaza, "la Seguridad Social cubre las contingencias y sobre todo se trata de necesidades cambiantes, pues

(17) GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Universidad, Uruguay, 1997, p. 40.

"cada periodo histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna la ampliación de los riesgos cubiertos"[18]. Esto significa que el contenido de la Seguridad Social no se agota en el derecho ni en lo que pueda haberse establecido en un momento dado, sino que va mutando de acuerdo a las nuevas necesidades que surgen en cada sociedad.

IV. EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERÚ - ANTECEDENTES NORMATIVOS

La aparición de los seguros sociales en el Perú se produce en agosto de 1936 mediante la dación de la Ley Nº 8433, que instituía el seguro obligatorio para los obreros y los trabajadores denominados domésticos y creando la Caja Nacional del Seguro Social. Los riesgos cubiertos por este seguro fueron la enfermedad, la maternidad, la vejez, la invalidez y la muerte. El financiamiento quedo a cargo del Estado, los trabajadores y las empresas mediante el pago de cotizaciones a porcentaje sobre la remuneración de cada asegurado.

Se apreciaba así, la carencia de protección de los empleados, quienes habían sido excluidos del ámbito subjetivo de dicha Ley para evitar juntarlos con los obreros, considerados de un estrato social inferior[19].

La carencia de protección de los empleados comenzó a ceder cuando el 10 de julio de 1946, la Ley Nº 10624 dispuso que las empresas con un capital de más de diez millones de soles jubilaran con pensiones vitalicias a su costo a sus empleados con 40 años de servicios, tiempo que después fue reduciéndose[20].

Posteriormente, según ha señalado el Tribunal Constitucional, mediante Ley Nº 10807, de fecha 15 de abril de 1947 se creó el Seguro Social del Empleado Público y Particular, las prestaciones provisionales de este periodo de organización eran asignaciones pecuniarias que se percibían por única vez por cada evento; es decir, no eran prestaciones periódicas y permanentes, tal como lo establece el artículo 2 del Decreto Ley Nº 10941 "Las contribuciones con que se financiará el Seguro Social del Empleado y las prestaciones provisionales que proporcionará

(18) GONZÁLES HUNT, César. "La configuración constitucional de la Seguridad Social en Pensiones". p. 427.

(19) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social*. Ediciones Tarpvy, Lima, 1985, p. 61.

(20) Ídem.

a los asegurados, a saber: (...) Las contribuciones (o aportaciones) del periodo de organización estarán destinados a la edificación y equipamiento de los planteles hospitalarios y al otorgamiento de las prestaciones provisionales de los riesgos de enfermedad, maternidad y muerte (...)".

Luego de ello, se dicta la Ley Nº 13724, del Seguro Social del Empleado, promulgada el 18 de noviembre de 1961. En esta se señala que el Seguro Social del Empleado es una institución autónoma con personería jurídica de derecho público interno, destinada a cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte de los empleados, que tiene carácter obligatorio y que comprende dos ramas: a) Caja de Enfermedad-Maternidad, y, b) Caja de Pensiones.

La citada Ley regula todo lo relativo a la Caja de Enfermedad-Maternidad y designa a la Comisión que organizará a la Caja de Pensiones. Así, recién mediante Decreto Supremo del 11 de julio de 1962, se adicionan a la Ley Nº 13724 las disposiciones que regulan la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, estableciéndose en el artículo 97 que se otorgará como prestaciones del Seguro las pensiones de invalidez, vejez, jubilación, sobrevivientes (viudez y orfandad), y las asignaciones de invalidez, vejez, muerte y capital de defunción, las mismas que a tenor de lo dispuesto en el artículo IV de las Disposiciones Generales y Transitorias, se devengarían a partir del primer día del tercer mes siguiente al de su promulgación; esto es, a partir del 1 de octubre de 1962.

V. RECONOCIMIENTO DE APORTACIONES PARA ACCEDER A LA PRESTACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

1. Regulación actual en relación con las aportaciones para obtener pensión de jubilación

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga al asegurado cuando alcanza una edad avanzada (vejez) que ocasiona su incapacidad para el trabajo, siempre que acredite, además, contar con una cantidad mínima de años de aportación efectuados al SNP[21].

(21) ABANTO REVILLA, César. "El Sistema de Pensiones en el Perú: La reforma y la desafiliación". En *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 642.

En su texto original, el Decreto Ley Nº 19990 contemplaba cuatro modalidades de jubilación, que exigían años de edad y de aportaciones distintos. Así el Régimen General en sus artículos 38 y 41 señalaban que podían acceder al derecho a jubilación, en el caso de los hombres que alcancen los 60 años de edad y en caso de las mujeres los 55 años de edad, debiendo acreditar 15 y 13 años de aportación respectivamente.

El 19 de diciembre de 1992, con la entrada en vigencia del Decreto Ley Nº 25967, se incrementan **los años de aportación mínimos para acceder a una pensión de jubilación del SNP a 20 años (para hombres y mujeres),** quedando derogados el régimen especial y la pensión reducida. De igual manera el 18 de julio de 1995 es publicada la Ley Nº 26504, que en su artículo 9 fijó en 65 años la edad de jubilación en el SNP (hombres y mujeres)[22].

Es en virtud del requisito de los años de aportación es que surge la problemática planteada en el presente trabajo. Así, *¿Para efectos de la obtención de la prestación de pensión de jubilación, correspondería reconocer los aportes realizados por los trabajadores con fecha anterior al 1 de octubre de 1962?* si consideramos que, como se ha indicado en el punto precedente, la Ley Nº 13724, del Seguro Social del Empleado, promulgada el 18 de noviembre de 1961, reconoce únicamente que el Seguro Social del Empleado es una institución autónoma con personería jurídica de Derecho Público interno destinada a cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad y muerte de los empleados y no reconoce a la pensión como una de las prestaciones a cargo de esta institución sino hasta julio de 1962, en donde se adicionan a la Ley Nº 13724 disposiciones relativas al reconocimiento de esta prestación.

2. Posiciones actuales en la jurisprudencia con relación al reconocimiento de aportes anteriores a octubre de 1962

- **STC Exp. Nº 00615-2012, de fecha 20 de abril de 2012**, declara fundada la demanda interpuesta por el servidor, reconociendo así los aportes efectuados con anterioridad a la fecha indicada, argumentando lo siguiente: "7. Respecto al reconocimiento de las aportaciones de los empleados particulares, este Tribunal, en la STC 6120-2009-PA/TC, señala que desde una visión de la seguridad social

(22) Ídem.

como derecho fundamental y en aplicación de sus principios rectores como la universalidad, la solidaridad y la progresividad, entre otros, no resulta constitucionalmente legítimo denegar el acceso a la pensión, desconociendo aportes que en su momento efectuaron los trabajadores, los empleadores y el Estado, este último como obligado a brindar las prestaciones previsionales derivadas de la edad, desocupación, enfermedad y muerte según la carta constitucional de 1933; más aún cuando la posición del trabajador como destinatario del derecho a la pensión se ha consolidado en las Constituciones de 1979 y 1993, como se advierte del tratamiento jurisprudencial que este Colegiado le ha dado al derecho a la pensión y a la seguridad social".

- **STC Exp. Nº 741-2011-PE/TC de fecha 16 de mayo de 2011 y STC Exp. Nº 1018-2013-PA/TC, de fecha 19 de setiembre de 2013**, mediante las cuales el Tribunal Constitucional desconoce las aportaciones anteriores a la fecha indicada, señalando lo siguiente: En la Ley Nº 10807 que creó el Seguro Social del Empleado Público Particular se estableció que las prestaciones provisionales en este periodo de organización eran asignaciones pecuniarias que se percibían por única vez por cada evento, es decir, no eran prestaciones periódicas y permanentes, ya que esta norma hace referencia únicamente a que *las contribuciones que financiará el Seguro Social del Empleado y las prestaciones provisionales que proporcionará al asegurado estarán destinados a la edificación y equipamento de los planteles hospitalarios y al otorgamiento de las prestaciones provisionales de los riesgos de enfermedad, maternidad y muerte.* Es recién mediante decreto supremo de julio de 1962 que se adicionan a la Ley Nº 13724 las disposiciones que regulan la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado estableciendo que se otorgarán pensiones de invalidez, vejez y muerte. Esto a criterio del Tribunal, obedece a que el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano se ha ido gradualmente implementando en los Estados, en la medida en que sus posibilidades económicas y financieras lo hayan permitido como es el caso de las prestaciones otorgadas antes octubre de 1962. En ambos supuestos los servidores habían adjuntado Certificados de Trabajo de periodos anteriores a 1962.

- Es preciso indicar, además, que la **Corte Suprema de la República también se ha pronunciado al respecto,** así la **Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, mediante Casación Previsional Nº 6381-2012-Lima**, de fecha 15 de enero de 2014, teniendo como vocal ponente al Juez Supremo Morales González, resuelve declarar fundada la demanda y reconocer los aportes anteriores a la fecha indicada, bajo el siguiente fundamento: "(…) desconocer los aportes efectuados con anterioridad al uno de octubre de mil novecientos sesenta y dos, bajo el argumento de que el destino o la finalidad de estos, no era la obtención de una pensión de jubilación, no se condice con los principios de solidaridad y progresividad descritos precedentemente, más aún si el Seguro Social del Empleado respondió inicialmente a un sistema en donde los contribuyentes eran los trabajadores, los empleadores y el Estado, según el artículo 1 de la Ley Nº 10941 antes citado, compartiendo este Colegiado el criterio asumido por el Tribunal Constitucional en el fundamento dieciocho, de la sentencia emitida en el expediente Nº 06120-2009-PA/TC".

- Recientemente, en el **II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral**, los jueces supremos integrantes de la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente, Primera y Segunda Salas de Derecho Constitucional y Social Transitorias de la Corte Suprema de la República, en el Tema referido a la "Caducidad de aportaciones de acuerdo con la Ley Nº 8433" acordaron por unanimidad lo siguiente:

  > Sí son computables para el cálculo del periodo de aportación previsional las contribuciones realizadas bajo los alcances del artículo 2 de la Ley Nº 10941, del 1 de enero de 1949, inclusive antes de la creación del Seguro Social del Empleado en el año 1962.

  Las referidas contribuciones no pierden su carácter previsional aun cuando la Ley Nº 10941 haya dispuesto que ellas fueran destinadas a la edificación y equipamento de los planteles hospitalarios y al otorgamiento de las prestaciones provisionales de los riesgos de enfermedad, maternidad y muerte".

VI. ANÁLISIS

1. Desde el principio de progresividad y efectividad de las prestaciones

Como se ha señalado inicialmente, la seguridad social no es una institución jurídica estática sino que ha evolucionado desde su inicial concepción, así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 09600-2005-PA de fecha 11 de diciembre de 2006. Por ello, es que las necesidades sociales han merecido a través del tiempo diversas formas de protección.

En efecto, siguiendo a Almansa Pastor(23), se puede indicar que existieron, inicialmente, medidas protectoras inespecíficas (impropias para la seguridad social) como la asistencia (familiar, privada y pública), la previsión individual (ahorro) y la previsión colectiva (seguro mercantil y mutualidad). Posteriormente, como instrumento específico aparece el seguro social, que en una primera aproximación, estuvo relacionado con la responsabilidad empresarial con marcada intervención privada (seguro de responsabilidad civil y seguro por cuenta ajena), y luego el seguro social propiamente dicho, con sus características particulares (seguro obligatorio, de origen legal y gestionado por un ente público).

Finalmente, se produce el nacimiento de la seguridad social, que ha sido definida por el Tribunal Constitucional y por autorizada doctrina como el conjunto de esfuerzos realizados por una sociedad, con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos. Estos esfuerzos se integran en un sistema de políticas, normas, planes, actividades de administración, procedimientos y técnicas con la finalidad de lograr la consecución de las metas propuestas en este ámbito.

En opinión de Martin Fajardo, por el principio de progresividad o progresión racional, como lo denomina, todo plan que trate de aplicar la Seguridad Social, ya sea en cuanto a personas protegidas, como a eventualidades cubiertas, entidad de las prestaciones, criterios de financiación o de gestión, debe observar una regulación en su tránsito, hacia la consecución de sus metas, teniendo en cuenta lo deseable y lo realmente posible en cada país, principalmente en aquellos que se encuentran en proceso de desarrollo, en los cuales podría producirse una ruptura sensible de la renta nacional, ya sea por un asintemático criterio de protección o por un ambicioso e incontrolable afán de cobertura en forma prematura(24).

(23) ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho a la seguridad social*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
(24) FAJARDO. Ob. cit.

Así, coincidiendo con el criterio antes mencionado, se podría afirmar que si bien las exigencias de los económicamente débiles en la sociedad contemporánea son innumerables, no todas ellas poseerán la misma urgencia o justificación. De ahí que, considerando al autor antes citado, el administrador o el perito en materia político-social debería decidir por la mayor urgencia, según un orden de prioridades y de acuerdo a las posibilidades de financiación, para ello, sugiere optar por soluciones parciales de realización eficaz y no por acometer seductores planes de amplitud, destinados a una frustración total, siendo por ello conveniente iniciar los programas por lo más elemental.

Ello va de la mano, evidentemente, con el principio de equilibrio presupuestado a que hemos hecho referencia, en virtud del cual se exige al Legislador que cualquier regulación legal futura preserve el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, lo que coincide con el mandato de destinación específica, que en esencia busca "precaver su desviación y la consecuente desfinanciación del sistema".

De esta manera, en virtud de los principios antes descritos se podría inicialmente sostener que los aportes efectuados con anterioridad a octubre de 1962, estuvieron enmarcados dentro de un contexto político en que la seguridad social y las prestaciones otorgadas daban prioridad a situaciones de necesidad existentes y básicamente en función de los medios financieros disponibles.

En efecto, es innegable que en el Perú, la evolución estuvo marcada por vaivenes políticos de los seguros sociales. Así, se podría afirmar que el inicio partía de un periodo de estructuración y acoplamiento de las partes a un sistema, caracterizado inicialmente por medidas protectoras inconexas que recaían en el propio Estado como encargado de brindar prestaciones acordes con el sistema contributivo, lo que significó que se regulen inicialmente por ejemplo las prestaciones de salud como régimen de protección inicial.

Así lo dispuso el Decreto Ley Nº 10902 que crea el Seguro Social Obligatorio del Empleado, señalando que los riesgos a cubrir serían los de enfermedad, maternidad, invalidez y muerte. Este precepto fue precisado posteriormente mediante Decreto Ley Nº 10941, en el cual se señaló de manera expresa que *las contribuciones del periodo de organización deben estar limitadas a los fines* de prestaciones previsionales de enfermedad, maternidad y a sus beneficiarios en caso de muerte, ya que deben reservarse para posterior regulación las que corresponderán a la cobertura de prestaciones definitivas[25].

(25) Decreto Ley Nº 10941.

Si bien parecería preciso entender a partir de lo antes descrito que las aportaciones anteriores a octubre de 1962 tuvieron una finalidad específica en virtud de lo dispuesto de manera expresa en la norma citada en el párrafo precedente, en nuestra opinión también podría ser posible que el análisis con relación a este punto pueda abordar lo relacionado a la naturaleza y fines de las prestaciones como instrumentos que tiene la seguridad social para garantizar la cobertura de las contingencias.

Es decir, si las prestaciones sociales son los resortes que ponen en acción el mecanismo de solidaridad para defender a una familia cuando esta ve quebrantada su seguridad económica y su bienestar social, no hay duda de que tiene un carácter instrumental. Así, como instrumento de defensa, se ha señalado anteriormente citando a Marti Bufill[26], que las prestaciones requieren ser efectivas, y para ello han de ser primero *suficientes* para defender la estabilidad familiar amenazada por la contingencia; después requieren ser *oportunas* para actuar precisamente en el momento en que hagan falta; y por último requieren ser *completas* para actuar contra cualquiera de los tipos de necesidades e infortunios calificados como sociales. Si falta alguna de las circunstancias, las prestaciones sociales no serán mecanismo eficiente de un sistema de seguridad social.

En este punto cabría, por lo tanto, determinar si las prestaciones establecidas en las normas descritas cumplían con dichas finalidades. Así, se verifica que las prestaciones de asistencia médica, maternidad y las prestaciones de sobrevivientes que estaban destinadas a cubrir los riegos de enfermedad, maternidad y muerte cubrían de manera incompleta a la población asalariada en nuestro país, ello en tanto, no protegía todos los riegos ni todas las situaciones de necesidad, por ello al no poder establecer que los aportes efectuados tendrían como respuesta el otorgamiento de prestaciones suficientes, oportunas y completas, no podría desconocerse su eficacia para la obtención de otras prestaciones que supondrían el acceso a un aseguramiento completo, lo que iría no solo acorde con el principio de integralidad, por el cual las prestaciones en dinero o en especie que imparte la seguridad social, deben cubrir la totalidad de cada uno de los infortunios o aflicciones sociales para las cuales han sido creadas. Si las prestaciones no cumplen este designio no se ajustan al criterio tuitivo de esta institución[27], sino que además este criterio desconocería el principio de igualdad de trato, que es un principio guía de la seguridad social.

(26) MARTI BUFILL, Carlos. Ob. cit.

(27) FAJARDO. Ob. cit.

2. Desde el principio de solidaridad y el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano fundamental

Solidaridad significa, ontológicamente, vinculación recíproca, y éticamente, responsabilidad recíproca en responder uno por otro[28]. Así, no podría desconocerse este principio en el análisis de esta monografía por la trascendencia que importa su aplicación al momento de establecer una conclusión.

Es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia Nº 0011-2002-AI, sobre este principio señaló lo siguiente: "Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido".

De acuerdo al razonamiento efectuado por este supremo intérprete mediante sentencia Nº 06120-2009-PA/TC, la aplicación de este principio permitirá lograr la efectividad del derecho fundamental a la seguridad social. Por ello, la posibilidad de desconocer los aportes efectuados, en contra de la doctrina jurisprudencial y con el argumento del destino que tuvieron los aportes, o de la finalidad que persiguieron los mismos, no recoge en lo absoluto los alcances del principio de solidaridad, ello partiendo de la premisa básica de que no se estaría considerando que en el sistema contributivo implementado antes de octubre de 1962, no solo generaban cotizaciones los asegurados (empleados públicos, privados y de continuación facultativa), sino también los empleadores, quienes debían pagar la cuota patronal (privado), y el Estado, que abonaba la cuota estatal (público), lo que permite el reconocimiento de estos aportes para la obtención de la pensión en virtud del principio de solidaridad.

En efecto, como se ha indicado en un sistema de seguridad social el principio de solidaridad es fundamental, y este tiene varias manifestaciones entre las que se destaca la extensión material relacionada con el aspecto económico, y el sistema de aportes, que vincula a los asegurados, empleadores y al Estado en un solo objetivo, que es el de dotar de niveles de protección a los miembros del sistema prestacional[29].

Finalmente, es preciso señalar que la seguridad social como tal, ha sido reconocida como un derecho humano fundamental que supone el derecho que le asiste

(28) HAN ACHINGER, Joseph. *Los seguros sociales*. Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1956, p. 44.
(29) Ob. cit.

a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Desconocer esta finalidad, anteponiendo ante ello la progresividad en que se fue implementando el sistema de seguridad social para negar acceso a las prestaciones que actualmente otorga esta institución, sería desconocer la visión de la seguridad social que tiene como eje central el respeto a la dignidad.

VII. CONCLUSIONES

- En virtud de los principios de progresividad y al principio de equilibrio presupuestado de manera inicial se podría sostener que los aportes efectuados con anterioridad a octubre de 1962, estuvieron enmarcados dentro de un contexto político en que la seguridad social y las prestaciones otorgadas daban prioridad a situaciones de necesidad existentes y básicamente en función de los medios financieros disponibles. Sin embargo, esta afirmación pierde sustento si el análisis aborda la naturaleza y fines de las prestaciones sociales como instrumentos que tiene la seguridad social para garantizar la cobertura de las contingencias.

- Las prestaciones de asistencia médica, maternidad y las prestaciones de sobrevivientes, no cumplían con la finalidad de proteger de todos los riegos o todas las situaciones de necesidad. Por ello, no podría desconocerse la eficacia de los aportes anteriores a octubre de 1962, cuando el propósito de los solicitantes en la actualidad es la obtención de una prestación que supone el acceso a un aseguramiento completo, lo que se condice con la finalidad de la seguridad social.

- Coincidimos con el Tribunal Constitucional y las conclusiones arribadas por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria y recientemente por el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, en que deben reconocerse las aportaciones efectuadas por los trabajadores anteriores a la fecha indicada. En efecto, desconocer su eficacia para el cálculo del periodo de aportación, no recogería los alcances del principio de solidaridad.

- Además, consideramos que esta apreciación importaría la vulneración de dos principios guías de la seguridad social como son el principio de integralidad y el principio de igualdad de trato.

- Desconocer las aportaciones efectuadas con anterioridad a octubre de 1962, en nuestra opinión, importaría vaciar el contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social, en tanto es claro que se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

LA EXTENSIÓN DE PROTECCIÓN PREVISIONAL A LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES: UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A SU AFILIACIÓN OBLIGATORIA A LOS SISTEMAS PREVISIONALES

ANDRÉ COSSIO PERALTA[1]

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, los trabajadores que prestan servicios de forma independiente o por cuenta propia representan aproximadamente el 35 % de la Población Económicamente Activa Ocupada (PEA Ocupada). Sin embargo, y de manera histórica, la protección previsional únicamente ha recaído sobre las personas que prestan servicios bajo una relación de dependencia (contrato de trabajo). De esta manera, ese 35 % de la PEA Ocupada se encontraba al margen de los sistemas de protección previsional para que puedan afrontar los riesgos propios de la vejez, invalidez o la muerte, salvo que voluntariamente hayan decidido afiliarse a los mismos.

Es en ese contexto que el 19 de julio de 2012 se publica en el diario oficial *El Peruano*, la Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (Ley de Reforma del SPP) que, entre sus principales disposiciones, estableció la obligatoriedad de afiliación de los trabajadores independientes menores de

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia del curso Derecho Laboral Especial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado del Área Laboral de Rubio, Leguía, Normand.

40 años de edad a un sistema previsional, ya sea al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

De este modo, la Ley de Reforma del SPP pretendió extender el ámbito subjetivo de la protección previsional a los trabajadores independientes. Sin embargo, la vigencia de dicha disposición recién se produjo en el mes de agosto de 2013(2) para que, ante los diversos cuestionamientos efectuados en contra de la misma, el legislativo proceda a postergar el aporte obligatorio hasta el 1 de agosto de 2014(3).

No obstante, a pesar de dicha finalidad, dentro del legislativo y de los propios sujetos comprendidos en la reforma, se continuó cuestionando la medida por el impacto directo que la misma podría representar en la canasta familiar y/o liquidez de los trabajadores independientes, además de calificarla como una medida intervencionista(4) que constituye un abuso incalificable(5) de corte paternalista que restringe el derecho a la libertad de contratación y que, en los hechos, se trata de un robo institucionalizado(6).

A la fecha de preparación del presente trabajo, dichos cuestionamientos se agudizaron e, inclusive, se realizó una marcha en contra la Ley de Reforma del SPP, con lo cual se aceleró el debate en el Pleno del Congreso de los diversos proyectos de ley que, por un lado, proponían postergar la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes(7), y, por otro lado, su derogación(8). El Congreso finalmente ha acogido esta última propuesta, encontrándose pendiente de promulgación u observación por parte del Poder Ejecutivo.

---

(2) De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reforma del SPP, la misma recién entraría en vigencia en el plazo de 120 días a partir de la fecha en que se publicase su norma reglamentaria. Esta última, el Decreto Supremo Nº 068-2013-EF, se publicó el 3 de abril de 2013 de modo que el referido plazo se cumplió el 2 de agosto de 2013.

(3) Conforme a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30082, Ley que modificó la Ley de Reforma del SPP, publicada el 22 de setiembre de 2013.

(4) MULDER, Mauricio. "Crónica de un robo". En: Peru21.pe, 21/09/2013, <http://peru21.pe/impresa/cronica-robo-2150054> Consulta: 14/07/2014 a las 21:34 hrs.

(5) Congresista Yonhy Lescano en entrevista en Radio Programas del Perú 20/09/2013 <http://www.rpp.com.pe/2013-09-20-lescano-ley-de-aporte-de-independientes-a-afp-es-un-abuso-incalificable-noticia_632745.html>. Consulta: 14/07/2014 a las 21:45 hrs.

(6) CISNEROS, Claudia. "AFP: El robo institucionalizado a los independientes". En: Diario *La República*, Lima, 13/07/2014, <http://www.larepublica.pe/columnistas/de-centro-radical/afp-el-robo-institucionalizado-a-los-independientes-13-07-2014>. Consulta 14/07/2014 a las 21:59 hrs.

(7) Proyecto de Ley Nº 3544/2013-CR (presentado el 02/06/2014).

(8) Proyectos de Ley Nºs 3546/2013-CR (presentado el 03/06/2014), 3695/2014-CR (presentado el 05/08/2014), 3698/2014-CR (presentado el 05/08/2014), 3707/2014-CR (presentado el 12/08/2014), 3714/2014-CR (presentado el 13/08/2014), entre otros.

Dentro de esta coyuntura, el presente trabajo tiene por objeto abordar el problema del recorte al derecho a la libertad de contratación a partir de la justificación constitucional de la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes como mecanismo de extensión de la protección previsional.

II. EL DERECHO UNIVERSAL Y PROGRESIVO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

1. El derecho a la Seguridad Social y el sistema peruano de seguridad social

La Seguridad Social es un derecho humano fundamental(9) reconocido en múltiples instrumentos internacionales(10) y, por lo tanto, se proclama como un derecho de **toda persona**, conforme así ha sido recogido en el artículo 10 de nuestro texto constitucional que expresamente consagra que "el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de **toda persona** a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida" (énfasis añadido).

Como bien es sabido, la Seguridad Social ha sido objeto de múltiples definiciones(11); sin embargo, todas tienen en común que ella procura brindar protección a **toda persona** frente a las diversas contingencias y/o vicisitudes que pueden presentarse a lo largo de su vida. De ahí, pues, que se proclame el carácter universal de la Seguridad Social que comprende necesariamente un alcance objetivo (todos los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona en el desarrollo de su vida) y otro subjetivo (todas las personas sin distinción)(12).

(9) NEVES MUJICA, Javier. "La Seguridad Social en la Constitución". En: EGUIGUREN, Francisco (Dir). *La Constitución peruana y sus problemas de aplicación*. Cultural Cusco S.A. Editores, Lima, 1987, p. 178.

(10) Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador.

(11) Ver por ejemplo la definición expresa por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1944 citada por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Son los Sistemas Privados de Pensiones Formas de la Seguridad Social". En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, Madrid, 1998, pp. 169-170; RODRÍGUEZ RAMOS, María José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VÍLCHEZ PORRAS, Maximiliano. *Sistema de Seguridad Social*. 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 37; y, FAJARDO CRIBILLERO, Martín. *Teoría General de la Seguridad Social*. Ediciones Luis Alfredo, Lima, 1991, p. 21.

(12) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, María José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VILCHEZ PORRAS, Maximiliano. Ob. cit., pp. 35 y 36.

Precisamente por esta vocación universal, toda persona deberá ser sujeto de dicha protección**,** sin que sea relevante su condición, ya sea que se trate de trabajadores asalariados, trabajadores independientes (por cuenta propia), personas que no tienen una remuneración o ingreso, pues, como bien señala Pasco Cosmópolis, por dicha vocación, la Seguridad Social tiene como objetivo proteger a toda persona en estado de necesidad(13). Más aún, para Toyama Miyagusuku la Seguridad Social debe comprender a todas las personas en atención a su condición de derecho fundamental(14).

Ahora bien, conforme a nuestro marco constitucional vigente, el ejercicio del derecho a la seguridad social comprende el otorgamiento de prestaciones de salud y de pensiones, toda vez que en el artículo 11 de la Constitución se proclama el deber del Estado de "(...) garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas".

Sobre la base de este mandato constitucional, se configura el Sistema Peruano de Seguridad Social que se subdivide en: (i) el Sistema de Seguridad Social en Salud; y; (ii) el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. A efectos del presente trabajo, solamente nos interesa examinar la composición de este último.

2. El Sistema de Seguridad Social en pensiones: el Sistema Privado de Pensiones como una forma de seguridad social

En virtud de lo establecido en el artículo 11 de nuestra Constitución, en materia previsional conviven de forma paralela un régimen público (SNP)(15) y un régimen privado (SPP).

Sin embargo, y como anota Pasco Cosmópolis, ambos sistemas no corresponden a la idea misma de Seguridad Social(16); pues, de un lado, el SNP

(13) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Loc. cit.

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Principios de la Seguridad Social". En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Tribunal Constitucional, Lima, 2008, p. 303.

(15) Cabe precisar, como bien anota Abanto, que el régimen público está compuesto por los siguientes regímenes: (i) Decreto Ley Nº 19846, Ley de Pensiones Militar y Policial; (ii) Decreto Ley Nº 19990, Sistema Nacional de Pensiones; y, (iii) Decreto Ley Nº 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos. Cfr. ABANTO REVILLA, César. "La ampliación de cobertura en materia previsional: La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes y la regulación de los regímenes no contributivos". En: *Laborem*. Nº 11. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2011, p. 315. No obstante, para los fines del presente trabajo, cuando se haga referencia al régimen o sistema público nos referiremos al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

(16) La idea de seguridad social comprende un rasgo de universalidad (atención a todas las personas en estado de necesidad); generalidad-integralidad (cobertura total oportuna y suficiente de todos los riesgos sociales); unidad (métodos de operación técnica y de organización legal administrativa y financiera similares); base técnica (criterios comunes de la Seguridad Social en el mundo entero); y, solidaridad

constituye un régimen de reparto de alcance esencialmente limitado a los trabajadores que aportan a un fondo común[17]; y, de otro lado, el SPP está estructurado en función de los aportes individuales de los trabajadores dependientes a una cuenta individual de capitalización.

Más aún, respecto de este último, el mismo autor acotó que se trata de un sistema de ahorro individual que carece del rasgo fundamental de la Seguridad Social: la solidaridad[18]. Por esta razón, Gonzales Hunt precisa que el SPP no constituye una manifestación de la Seguridad Social, sino más bien de una forma de aseguramiento social que no se sustenta en la idea de redistribución de la riqueza[19]. El Tribunal Constitucional (TC) también era de esta misma opinión[20].

No obstante, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma del SPP, el TC ha señalado que "(...) El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social"[21]. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento, el SPP constituye una forma de Seguridad Social que permitirá garantizar el acceso y disfrute de otro derecho fundamental: el derecho a la pensión.

3. La garantía institucional de la Seguridad Social y el derecho fundamental a la pensión

El TC ha proclamado que la Seguridad Social, más que un derecho, constituye una garantía institucional que permite salvaguardar el otorgamiento de prestaciones individualizadas que permitan coadyuvar al mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad[22]. A partir de ello, Gonzalez Hunt ha señalado que esta garantía institucional permitirá, pues, la efectividad de un derecho[23], esto es, las prestaciones de salud o el otorgamiento de pensiones.

(distribución equitativa del costo del sistema entre todos los miembros de la comunidad). Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los Principios de la Seguridad Social y Los Diversos Sistemas Pensionarios". En: *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 261.

(17) GONZALES HUNT, César. "La configuración constitucional de la Seguridad Social en pensiones". En: AA.VV. *Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 430.

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Son los Sistemas Privados de Pensiones …". Ob. cit., p. 178.

(19) GONZALES HUNT, César. "La Seguridad Social y el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones". En: *Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 280.

(20) Cfr. Fundamento jurídico Nº 140 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados.

(21) Fundamento jurídico 38 de la STC Exp. Nº 0001-2013-PI/TC.

(22) Fundamento jurídico 54 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados.

(23) GONZALES HUNT, César. "La configuración constitucional …". Ob. cit., p. 437.

Con respecto al otorgamiento de pensiones, el TC ha sostenido que la seguridad social es la garantía institucional del derecho a la pensión que facilita su vigencia en el marco de lo que corresponde a un Estado Social y Democrático de Derecho(24). Más aún, el Supremo Intérprete de la Constitución precisó que como toda garantía institucional, la Seguridad Social requiere que exista una fuente normativa que permita delimitar su contenido de modo que esta pueda operar plenamente(25). Así, acota el TC, que la garantía institucional de la Seguridad Social está compuesta por: (i) las disposiciones legales que prevén las condiciones legales de pertinencia a un determinado régimen de seguridad social y, por lo tanto, su reforma requerirá una mayor carga de consenso, en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad; (ii) las condiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho subjetivo a una particular prestación; y, (iii) el principio de solidaridad(26) que trae consigo la justicia redistributiva inherente a todo sistema de seguridad social(27).

Por lo tanto, desde la doctrina del TC, la Seguridad Social se erige como el instrumento a través del cual se materializa el derecho fundamental a la pensión, siendo este una manifestación del contenido de aquella(28). Precisamente, para el TC el derecho a la pensión es un derecho fundamental de configuración legal y que parte de su contenido constitucionalmente protegido se haya comprendido por el derecho *de acceso a una pensión*(29).

Esta fase de acceso, a la luz de los pronunciamientos del TC(30), comprenderá, pues, a las disposiciones legales que prevén los requisitos de libre acceso al sistema de Seguridad Social en Pensiones consustanciales a la actividad laboral

(24) Fundamento jurídico 53 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados

(25) Fundamento jurídico 55 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados.

(26) Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "(…) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación que va dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común, y de otro, 'el deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales'". Fundamento jurídico 16 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 2945-2003-AA/TC.

(27) Fundamento jurídico 55 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados.

(28) GONZALES HUNT, César. "La configuración constitucional …". Loc. cit.

(29) Los otros elementos lo componen el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión; y, el derecho a una pensión mínima vital. Cfr. Fundamento jurídico Nº 107 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 050-2004-AI/TC y acumulados; leído en conjunto con el fundamento jurídico 37 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 01417-2005-AA/TC.

(30) Cfr. Fundamentos jurídicos 42 y 43 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0001-2013-PI/TC.

pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio tanto al periodo de aportaciones al SNP como al SPP.

A partir de este marco conceptual, veamos la situación de los trabajadores independientes frente al acceso a los sistemas de protección previsional.

III. EL TRABAJO INDEPENDIENTE Y SU EXCLUSIÓN DE PROTECCIÓN PREVISIONAL

1. Hacia la definición del trabajador independiente

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el empleo o trabajo independiente está compuesto por los siguientes subgrupos: (i) los trabajadores por cuenta propia o autónomos, esto es, quienes trabajando por su cuenta no han contratado a ningún empleado de forma constante para que labore con ellos; (ii) los miembros de cooperativas de productores que trabajan en una cooperativa de bienes y servicios y participan en condiciones de igualdad; (iii) los empleadores que son aquellos trabajadores que laborando por su propia cuenta han contratado empleados de forma continua durante determinados periodos; y, (iv) los trabajadores auxiliares que trabajan en un establecimiento dirigido por una persona de la familia, pero que no puede ser identificable o comparable con el jefe del establecimiento(31).

Sin embargo, Lanzilotta ha ensayado una definición operativa, pues afirma que, sin perjuicio de las múltiples definiciones existentes, en virtud de la calificación del puesto de trabajo, puede identificarse que el empleo por cuenta propia alcanza a los siguientes subgrupos: (i) Profesionales [abogados, arquitectos, etc.]; (ii) Cuenta propia de oficio [transportistas, electricistas, etc.]; y, (iii) Cuenta propia de subsistencia(32) [personas que no tienen alguna calificación, como por ejemplo, vendedores ambulantes].

(31) FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y DURÁN VALVERDE , Fabio (coordinador). *Innovaciones en la extensión de la cobertura del seguro social a los trabajadores independientes*. Experiencias de Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Francia y Uruguay. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, p. 13.

(32) LANZILOTTA, Bibiana. "El empleo por cuenta propia y la cobertura de seguridad social en Uruguay". En: AA.VV. *Trabajadores Independientes y protección social en América Latina*. Fabio M. Bertranou (coordinador). Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p. 40.

Esta última clasificación se acerca a la que maneja el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), pues por trabajador independiente entiende a "la persona que explota su propia empresa o negocio o que ejerce por su cuenta una profesión u oficio y que puede tener o no, trabajadores remunerados a su cargo"(33). Sobre la base de esta definición, para el cierre del año 2012, más del 34 % de la PEA Ocupada a nivel nacional califican como trabajadores independientes, a diferencia del 24 % de empleados y 20 % de obreros(34). Para el año 2013, el porcentaje de trabajadores independientes no ha variado, pues se estima que este grupo representa el 34,5 % del total de la PEA Ocupada a nivel nacional(35).

Precisamente, con la Ley de Reforma del SPP se pretendió incorporar a este importante sector, puesto que en su definición de trabajador independiente comprendía tanto a las personas que percibían ingresos de cuarta y/o quinta categoría de acuerdo a las normas de la Ley del Impuesto a la Renta(36). De este modo, estarían incluidos en la Ley de Reforma del SPP aquellas personas que ejerzan de manera individual cualquier profesión, arte u oficio, así como los denominados trabajadores independientes que perciben ingresos de cuarta-quinta categoría(37).

2. La exclusión de protección previsional al trabajador independiente

Las actividades que realizan los trabajadores independientes, por lo general, son temporales, cíclicas y, en la mayoría de los casos, se ejecutan de manera informal. Por esta razón, la OIT ha señalado que los trabajadores independientes son más vulnerables frente a los problemas de precariedad laboral y, por ello, a los efectos negativos de los ciclos económicos, lo que hace necesario la elaboración de estrategias y políticas para garantizarles protección social(38).

(33) Definición utilizada por INEI para medir la variable de ingresos del trabajador independiente en la Encuesta Nacional de Hogares. Ver: <http://webinei.inei.gob.pe/anda_inei/index.php/catalog/195/vargrp/VG31> Consulta: 06/07/2014 hora: 8:25 p.m.

(34) Determinación propia de los porcentajes en función de los datos obtenidos de la Encuesta Nacional de Hogares al año 2012. La PEA ocupada está compuesta (en miles) por 15,541.5, de los cuales: (i) 3,836.1 son empleados; (ii) 3,214.6 son obreros; y, (iii) 5,403.5 son trabajadores independientes.

(35) De acuerdo al cuadro estadístico elaborado por la Dirección de Investigación Socio Económico Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con base en la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua 2013.

(36) Artículo 8.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-97-EF, modificado por el artículo 7 de la Ley de Reforma del SPP.

(37) Inciso a) del artículo 33 e inciso e) del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 179-2004-EF.

(38) FLORES AGUILAR, Jorge (et. ál). Ob. cit. p. 11.

En nuestro ordenamiento, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP, la afiliación al SNP o al SPP era facultativa o voluntaria para los trabajadores independientes. En el caso peruano, se estima que, en promedio, apenas un 10 % de los trabajadores independientes han optado por afiliarse de manera voluntaria, ya sea al SNP o al SPP, lo cual no resulta ajeno a lo que sucede en otros países sudamericanos(39).

En efecto, en países como Argentina y Chile, los trabajadores independientes han expresado su falta de motivación para cotizar en los sistemas de seguridad social debido a la desconfianza en el propio sistema, bajas prestaciones en comparación con las altas cotizaciones, o solamente por no contar con recursos necesarios para asumir las mismas(40).

Estas razones resultan perfectamente aplicables al caso peruano, toda vez que, bajo un esquema de afiliación voluntaria, no se ha presentado un importante nivel de incorporación de los trabajadores independientes al SNP o al SPP, encontrándose, en los hechos, al margen del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a pesar de la proclamada libertad de acceso prevista en el artículo 11 de la Constitución. En efecto, si se repasan los índices de incorporación de nuevos afiliados al SPP al cierre de los tres ejercicios anteriores a la fecha de publicación de la Ley de Reforma del SPP, se advierte lo siguiente(41):

Tipo de trabajador	Dic. 2009	Dic. 2010	Dic. 2011
Dependiente	13636	19473	21623
Independiente	141	252	637

Como se observa, los trabajadores independientes veían recortada sus posibilidades de poder acceder y, eventualmente, disfrutar de una pensión que tiene carácter de derecho fundamental, la cual, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP, se reconocía –en los hechos– exclusiva de los trabajadores asalariados. Confirmándose así las considerables diferencias existentes

(39) ABANTO REVILLA, César. "La ampliación de cobertura …". Ob. cit., p. 323.

(40) BERTRANOU, Fabio. "Economía Informal, Trabajadores Independientes y Cobertura de la Seguridad Social en Argentina, Chile y Uruguay". En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/meetingdocument/wcms_125982.pdf Consulta: 06/07/2014> a las 9:20 p.m. pp. 12 y 13.

(41) Información recabada del Boletín Estadístico Mensual para el SPP del portal institucional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos Privados de Pensiones <http://sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=31#b>.

entre el nivel de protección social que se otorga a los trabajadores asalariados en comparación con la que se brinda a los trabajadores independientes[42].

IV. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES: ¿LA RESTRICCIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN O LA GARANTÍA DEL ACCESO A UN DERECHO FUNDAMENTAL?

Dentro de las diversas críticas formuladas contra la Ley de Reforma del SPP, se señaló que la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales recorta el derecho fundamental a la libertad de contratar reconocido en los artículos 2 inciso 14) y 62 de la Constitución[43].

En este sentido, y como veremos a continuación, la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes supera el Test de Proporcionalidad con base a los lineamientos establecidos por el TC, lo cual implica identificar la justificación constitucional, para luego efectuar el juicio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, en ese orden[44].

1. La justificación constitucional

Para identificar la justificación constitucional en el caso de la Ley de Reforma del SPP debemos de remitirnos al proyecto de ley que la originó, vale decir, el Proyecto de Ley Nº 1213/2011-PE ("el Proyecto"), del cual se advierte que, de un lado, el objetivo inmediato de la medida consiste en ampliar la cobertura previsional a los trabajadores independientes con capacidad contributiva; y, de otro lado, la finalidad mediata será garantizar que estos accedan al derecho fundamental a la pensión[45].

(42) BERTRANOU, Fabio. Ob. cit., p. 2.

(43) El TC ha señalado que la libertad de contratación posee un doble contenido: (i) libertad de contratar, esto es, la libertad de decidir si contrato o no y con quién se contrata; y, (ii) libertad contractual, que comprende la libertad de configuración interna del contenido del contrato, esto es, la autodeterminación de la materia objeto de regulación y las reglas que regirán el mismo. Cfr. Fundamento jurídicos Nºs 7 y 8 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 02175-2011-AA/TC.

(44) Cfr. Fundamentos jurídicos Nºs 32-36 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 00017-2008-AI/TC.

(45) Página 53 del Proyecto de Ley Nº 1213/2011-PE.

Con respecto a la ampliación de cobertura, se observa que, sobre la base de las estadísticas de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administración de Fondos Privados de Pensiones, solamente en lo que va de 2014, se han incorporado 3031 trabajadores independientes(46), lo cual supera aproximadamente en un 294 % a la suma de todos los nuevos trabajadores independientes afiliados al SPP durante los años 2009, 2010 y 2011(47). Esta ampliación de la cobertura, como bien sostiene Ramírez Azcúe, se configura como una obligación primordial de los Estados por la consagración del derecho a la seguridad social como un derecho humano fundamental(48).

En lo que se refiere a la garantía del derecho fundamental a la pensión, en el Proyecto se señaló que esta medida apunta a asegurar el ejercicio del mismo dentro de la garantía institucional de la seguridad social potenciándose con el principio de igualdad entre trabajadores dependientes e independientes(49).

Ahora bien, cabe anotar que a partir del reconocimiento del derecho a la pensión como un derecho fundamental de carácter social y siendo una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, el Estado tiene el deber de realizar prestaciones adicionales para garantizar su ejercicio y disfrute universal(50). En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, nuestro país ha adoptado un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud del cual se admite que el Estado pueda limitar o intervenir en los denominados derechos fundamentales clásicos, esto es, los derechos fundamentales de libertad(51) para que se garantice el goce de los denominados derechos sociales.

En esta materia, el TC ha establecido que el Estado tiene obligaciones de hacer, consistentes en efectuar las acciones necesarias que permitan el mayor disfrute del derecho(52), por lo que no solo se exigirá una conducta abstencionista,

(46) Boletín Estadístico Mensual para el SPP del mes de julio de 2014 de la SBS.

(47) La suma total de los trabajadores independientes incorporados durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011 asciende a 1030 trabajadores independientes. Ver supra punto 2.2.

(48) RODRÍGUEZ AZCÚE, Álvaro. "La ampliación de cobertura en materia previsional: La regulación de los regímenes contributivos y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes". En: *Laborem*. Nº 11, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2011, pp. 358-359.

(49) Página 53 del Proyecto de Ley Nº 1213/2011-PE.

(50) Fundamento jurídico 56 de la sentencia recaída en los Exps. Nºs 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.

(51) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 92-95.

(52) Fundamento jurídico 7 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 2002-2006-PC/TC.

sino que además demanda "(...) una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana(53)".

Más aún, teniendo en cuenta que de acuerdo a la doctrina del TC, se reconoce tanto al SNP como al SPP como formas de Seguridad Social, el carácter solidario de esta institución también debe proyectarse a los trabajadores independientes, pues estos, al igual que todos los integrantes de la colectividad, deberán aportar con su actividad a la consecución de un fin común del Estado(54). En materia de la Seguridad Social en Pensiones, esta solidaridad se verificará en coadyuvar con el deber del Estado de garantizar que *todas las personas* –sin importar su condición– puedan tener acceso al derecho fundamental a la pensión.

Así, en razón de dicha solidaridad, las formas de seguridad social en pensiones de nuestro ordenamiento deberán responder al carácter obligatorio de la Seguridad Social, pues, como bien sostiene Aparicio Tovar, "el esquema solidario no existiría si se dejara a los individuos [la potestad de] estar dentro o fuera de él [Sistema de Seguridad Social] según su voluntad"(55).

De esta manera, en materia del derecho a la pensión, se justifica una intervención del Estado en el recorte a la libertad de contratación de los trabajadores independientes para que, a través de la afiliación obligatoria a un Sistema Pensionario (SNP o SPP), pueda garantizárseles el potencial disfrute y ejercicio de otro derecho fundamental: el derecho a la pensión.

2. El juicio de idoneidad

En este nivel, debe analizarse la relación de causalidad entre la medida legislativa restrictiva y la finalidad constitucional perseguida por el legislador. Así, en la materia que nos convoca, el recorte del derecho a la libertad de contratación a través de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales, implicará necesariamente que estos aporten de manera compulsiva al SNP o al SPP para que, una vez que cumplan con los requisitos establecidos en tales sistemas, puedan disfrutar de una pensión para afrontar las contingencias de la vejez, enfermedad, invalidez o muerte.

(53) Fundamento jurídico 56 (último párrafo) de la sentencia recaída en los Exps. Nºs 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.

(54) Cfr. el desarrollo del principio de solidaridad efectuado por el TC en los ff. jj. 6 al 9 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0004-2010-AI/TC.

(55) APARICIO TOVAR, Joaquín. "La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia". En: AA.VV. *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación*. Granada, Comares, 2008, p. 133.

Por lo tanto, existe una relación de causalidad entre la medida restrictiva adoptada (afiliación obligatoria) y el fin legítimo perseguido por el legislador (garantizar el derecho fundamental a la pensión a través de la garantía institucional de la Seguridad Social), de ahí que se supere el juicio de idoneidad.

3. El juicio de necesidad

Conforme prevé el TC, en este punto corresponderá analizar si existen medidas alternativas para alcanzar con igual o mayor intensidad la finalidad propuesta "(…) incidiendo con menor, nimia o sin ninguna intensidad en el contenido del concernido derecho fundamental"[56]. De esta manera, debemos comparar la obligatoriedad de afiliación por el legislador con otros mecanismos que permitan garantizar a los trabajadores independientes la posibilidad de acceder a los sistemas previsionales que les permitan acceder y disfrutar del derecho fundamental a la pensión.

Las alternativas que no afectan el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de contratación son: (i) la voluntariedad de la afiliación; y, (ii) la promoción estatal de una cultura previsional.

A las razones expuestas sobre la baja tasa de afiliación voluntaria[57], se agrega que existe un marcado desinterés, en particular, por parte de los trabajadores independientes de menor edad en contar con un fondo previsional para afrontar las contingencias que puedan producirse a largo plazo. Se opta, pues, por la satisfacción de la necesidades cercanas e inmediatas en desmedro de las necesidades a largo plazo[58].

Por lo tanto, con la voluntariedad no se alcanzará la finalidad propuesta por el legislador, a lo que se suma que la administración de un sistema previsional de afiliación voluntaria resulta sumamente onerosa[59], por lo que, contrariando la finalidad propuesta por el legislador, se terminaría desincentivando la incorporación de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales.

(56) Fundamento jurídico 35 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 00017-2008-AI-TC.

(57) Ver supra punto 2.2.

(58) Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el nivel de previsión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuando subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro". Fundamento jurídico 48 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0001-2013-PI/TC.

(59) BERTRANOU, Fabio y SARAVIA, Leonor. "Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: Desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones". En: AA.VV. *Trabajadores Independientes y protección social en América Latina*. Fabio M. Bertranou (coordinador). Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2009, p. 27.

Por el lado de la implementación de una política estatal de una cultura previsional para sensibilizar a los trabajadores independientes respecto a los riesgos de la vejez, enfermedad o muerte, no resultaría una medida inmediata para garantizar la ampliación de la cobertura previsional. En otras latitudes, este tipo de políticas se han intensificado con posterioridad al establecimiento de la obligatoriedad de la afiliación. Por ejemplo, en Cabo Verde, el Instituto Nacional de Seguridad Social elaboró una estrategia de comunicación intensiva a los trabajadores independientes seguida de actividades de educación y sensibilización, lo que contribuyó al incremento de la cobertura previsional respecto de este colectivo(60).

4. El juicio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto

En los términos del TC, en este punto corresponderá verificar si al nivel o grado de intervención del derecho fundamental afectado (libertad de contratación), le corresponde un mayor grado de importancia u optimización de la finalidad constitucional pretendida por el legislador(61) (ampliación de la cobertura previsional a los trabajadores independientes y garantía del acceso al derecho fundamental a la pensión).

Aquí tenemos, pues, que la Ley de Reforma del SPP neutraliza totalmente el derecho a la libertad de contratación con fines previsionales, pues el trabajador independiente no puede decidir libremente si se incorpora o no a un sistema previsional. Empero, a esta completa afectación a libertad de contratación, se contrapone el mayor grado de importancia de la finalidad constitucional del legislador de optimizar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión por parte de los trabajadores independientes con capacidad contributiva.

De esta manera, el Estado cumple con su deber de realizar acciones positivas para garantizar el ejercicio del derecho universal y progresivo a la seguridad social en pensiones, contemplado en los artículos 10 y 11 de la Constitución.

(60) Cfr. FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y Fabio Durán Valverde (Coordinador). Ob. cit., p. 36.

(61) Fundamento jurídico 36 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 00017-2008-AI-TC.

V. APUNTES FINALES

Superado el examen de constitucionalidad de la afiliación obligatoria establecida por la Ley de Reforma del SPP, cabe observar que la misma proclama la igualdad entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes. Sin embargo, ¿realmente son iguales? Veamos.

Si bien trabajadores asalariados e independientes se encuentran expuestos a los mismos riesgos de la vejez, invalidez y muerte, no puede soslayarse que existe una clara diferenciación entre su situación laboral. En efecto, por un lado los trabajadores asalariados se encuentran bajo el marco protector de la legislación laboral y percibirán todos los beneficios previstos en el mismo; de otro lado, los trabajadores independientes carecen de protección laboral, cuando –probablemente– en los hechos deba corresponderle. A su vez, los trabajadores independientes *verdaderamente* independientes, en múltiples casos, perciben ingresos cíclicos que no pueden compararse a la regularidad de los ingresos de los trabajadores asalariados.

En atención a dicha diferencia, la incorporación de los trabajadores independientes debe analizarse en función de su particular condición a fin de definir si es viable su incorporación al régimen existente o será necesario el diseño de un régimen especial(62). Por ejemplo, en Argentina y Uruguay, los trabajadores independientes, dependiendo de su condición laboral, pueden incorporarse al régimen general, al régimen simplificado monotributo para pequeños contribuyentes, o a las cajas previsionales para profesionales universitarios(63).

Asimismo, en Brasil, país que representa la experiencia más exitosa en materia de extensión de protección previsional a los trabajadores independientes(64), la diferencia versa en la forma y/o tasa de contribución al sistema previsional. En efecto, en el Plan Simplificado de Previsión Social brasileño el trabajador independiente puede elegir entre contribuir con una tasa máxima del 20 % con relación al salario mínimo mensual o, escoger por la tasa de contribución mínima del 11 % de dicho salario(65).

(62) BERTRANOU, Fabio y SARAVIA, Leonor. Loc. cit.

(63) Ibídem, p. 29.

(64) FLORES AGUILAR, Jorge; ORTIZ VINDAS, José Francisco; MUÑOZ COREA, Daniel; DE LIMA VIEIRA, Ana Carolina; TESSIER, Lou y Fabio Durán Valverde (coordinador). "Innovaciones en la extensión de la cobertura…". Ob. cit., p. 15.

(65) Ídem.

En cambio, en nuestro ordenamiento, con la Ley de Reforma del SPP se pretendió que al trabajador independiente inicialmente se le aplique una tasa gradual de aporte obligatorio que, finalmente, al mes de agosto de 2017, sería idéntica a la que se aplica a los trabajadores asalariados, vale decir, 13 % para el caso del trabajador independiente que se encontrarse afiliado al SNP, y 10 % de aporte obligatorio para el que se encuentre afiliado al SPP.

En razón de lo expuesto, consideramos que el debate debería centrarse en examinar si se justifica la implementación de un sistema previsional y tasas de aportes diferenciados que reconozcan la particularidad situación de los trabajadores independientes, asumiendo que, en nuestro contexto, la obligatoriedad de su incorporación a los sistemas previsionales resulta indispensable para garantizar que puedan tener acceso a la Seguridad Social en Pensiones y tengan la posibilidad de disfrutar del derecho fundamental a la pensión.

No obstante, el Pleno del Congreso ha aprobado derogar las disposiciones legales que establecían la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas previsionales devolviéndole su carácter voluntario. Esta decisión legislativa incide directamente en el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues recae sobre las disposiciones legales que establecen la incorporación de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En este sentido, no se ha reparado en el hecho que con la entrada en vigencia de la Ley de Reforma del SPP dichas disposiciones han pasado a formar parte de la garantía institucional de la Seguridad Social en Pensiones. De ahí que, como bien sostiene el TC, este sistema se encuentre blindado contra reformas legislativas que lo anulen o vacíen de contenido[66], exigiéndose, por lo tanto, un mayor grado de consenso sobre las reformas que pretendan implementarse. En atención a ello, consideremos que un eventual retorno a la afiliación voluntaria sin que se discuta una reforma integral al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que incorpore a los trabajadores independientes, significaría un retroceso en el deber del Estado de garantizar el derecho universal y progresivo a la Seguridad Social.

(66) Fundamento jurídico Nº 54 (último párrafo) de la sentencia recaída en los Exps Nºs 050-2004-AI/TC, 051-2004-AA/TC y acumulados.

LA AFILIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LA SEGURIDAD SOCIAL FALLIDA

MAURICIO MATOS ZEGARRA[1]

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del sistema privado de pensiones (en adelante, SPP) introducida por la Ley Nº 29903 hace más de dos años, es sin duda, de una de las más profundas que se han efectuado en este sistema desde su creación e implementación en nuestro país en el año 1993[2].

En el contexto social y económico en el que se conciben las normas laborales y de seguridad social, varios aspectos de la reforma han sido objeto de críticas, a tal punto que las reformas que introduce son hasta el día de hoy fuente interminable de debates, polémica y opiniones encontradas respecto a algunos de los aspectos que desarrolla, habiendo sido materia incluso de una demanda de inconstitucionalidad resuelta a favor de la constitucionalidad de la reforma en el Exp. Nº 0013-2012-PI/TC de fecha 27 de mayo de 2013.

No cabe duda de que uno de los aspectos que más controversia y enconadas discusiones ha suscitado es el de la afiliación obligatoria de trabajadores

(1) Gerente de Human Capital en EY. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB) - Bélgica. Docente de Derecho del Trabajo en la UCSM y en la UCSP.

(2) Recordemos, sin embargo, que los primeros intentos de implementación del SPP se dieron con el D. Leg. Nº 724 del 11 de noviembre de 1991, cuyo artículo 1 dispuso la creación del SPP con el carácter de complementario al SNP a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

independientes; al punto que mediante la Ley Nº 30082 tuvo que suspenderse la afiliación obligatoria de estos trabajadores hasta el 1 de agosto de 2014, y a la fecha en que concluimos el presente trabajo, el Congreso de la República ha aprobado por mayoría un Proyecto de Ley que suspende de manera definitiva la afiliación obligatoria de trabajadores independientes e incluso autoriza la devolución de los aportes ya realizados, proyecto que de ser promulgado determinará la defunción de una reforma que, valgan verdades, tampoco tuvo aplicación efectiva.

El debate sobre la reforma y funcionamiento del SPP en general, también ha merecido el pronunciamiento de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que a través de una serie de documentos como el *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*[3] y el *Informe Anual de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones del año 2012*, ha mostrado su preocupación sobre como viene funcionando este esquema de seguridad social en el mundo y en nuestro país, a la luz del Convenio 102 - Norma Mínima sobre Seguridad Social, ratificado por el Perú en el año 1961.

En este sentido, a través del presente trabajo hemos querido recoger y comentar el impacto de la reforma del sistema pensionario en el Perú respecto a los trabajadores independientes y sobre todo analizar las causas de su fracaso. Con este objeto, hemos estructurado el mismo en tres partes principales. En la primera nos abocamos a recordar las diferencias estructurales existentes entre el SPP y el SNP, y sobre todo aquella que tiene que ver con el financiamiento de la seguridad social a través de un esquema de reparto solidario –como sucede en el SNP– o a través de un esquema de capitalización individual –como sucede en el SPP–.

En la segunda parte, desarrollamos y comentamos las reformas introducidas por la Ley Nº 29903 respecto a los trabajadores independientes, así como el impacto que estas pueden tener en la economía y futuro previsional de los afiliados al SPP, y aquellos que decidan incorporarse por primera vez al sistema.

Finalmente, nos abocamos a desarrollar los aspectos pendientes para tener una cobertura efectiva y eficaz para los trabajadores llamados independientes y por qué razón hoy solo podemos hablar de una seguridad social fallida para estos.

(3) Documento adoptado en el seno de la 100 Conferencia Internacional del Trabajo, 2011 y cuyo texto íntegro puede ser consultado en <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>.

II. EL FINANCIAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

1. Del seguro social a la seguridad social:

Para poder abordar los temas introducidos por la ley de reforma del SPP respecto a la afiliación obligatoria de trabajadores independientes, resulta fundamental recordar cómo es que se financia y cómo es que funciona un esquema público de pensiones frente a un esquema privado.

Alemania, fue en la segunda mitad del siglo XIX el primer país donde se implementó un sistema de seguro social. En efecto, para el canciller Bismarck "el Estado no solo podía tener una misión defensiva destinada a proteger los derechos ya existentes, sino que debía promover activamente mediante instituciones apropiadas y utilizando los medios colectivos a su disposición, el bienestar de todos sus miembros y sobretodo el de los débiles y más necesitados"(4). En este sentido, Dupeyroux(5) nos recuerda que el sistema de seguro social alemán está construido sobre tres pilares fundamentales:

a) **La afiliación**, que es obligatoria para todos los miembros de las categorías beneficiadas por el seguro, ya sea el de enfermedad, el seguro de accidentes de trabajo y el seguro de invalidez y vejez.

   Como podemos advertir, el sistema de seguro social alemán, no tiene la vocación de universalidad, no busca proteger a todos, sino a un grupo de ciudadanos específico: los trabajadores. No obstante en el contexto del siglo XIX solo se entiende por trabajador, al trabajador obrero o al trabajador dependiente. La seguridad social no estaba garantizada para aquellos que podían ejecutar una prestación en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios con absoluta libertad, pues en principio aquellos trabajadores que desempeñaban una profesión liberal no estaban comprendidos en esta cobertura social.

   Nuestro país se alinea parcialmente con este sistema, pues la protección que brinda la seguridad social ha sido históricamente dispensada a los trabajadores y propiamente hablando, a los trabajadores dependientes, quienes son considerados en línea de principio, los

(4) DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 17éme. Ed. Dalloz. Paris. 2011, p. 22. Traducción libre.

(5) Ibídem. p. 23 y ss

afiliados obligatorios tanto del SNP, como del SPP e incluso del sistema de seguridad social en salud, pues los trabajadores "económicamente independientes" son considerados asegurados voluntarios o facultativos(6).

b) **El monto de la contribución:** el pago de una contribución o de un aporte, es un rasgo fundamental en el esquema del seguro social por dos razones: La primera permite diferenciar al seguro social de la asistencia social pues la protección que dispensa el seguro social solo se da para quienes han contribuido a su financiamiento con el pago de sus aportes, ya sea directamente, a través del empleador o de manera conjunta. La segunda, permite diferenciar al seguro social del seguro privado, pues mientras en el seguro privado el pago de la prima de seguro se realiza en función del valor de lo asegurado, de la alea, y del grado de siniestralidad, las cotizaciones al seguro social se realizan en función a la remuneración percibida por el trabajador.

c) **La repartición de la carga social:** el pago de las cotizaciones se encuentran compartidas en líneas generales entre el asegurado y el empleador, con la eventual participación del Estado a través de una subvención.

Luego de dos guerras mundiales, y una serie de cambios políticos y sociales que redibujaron el mundo, los ingleses reformularon el planteamiento inicial del sistema alemán de seguros sociales, hacia un sistema de seguridad social con vocación de universalidad, generalidad y uniformidad. En efecto, partiendo de una idea básica: eliminar la indigencia y aceptar que el problema de la pobreza no es un problema sin solución, Beveridge(7), el artífice del sistema, entiende que toda la población debe formar parte de la seguridad social –no solo los trabajadores como en el sistema alemán– y por otro lado las prestaciones deben ser uniformes, es decir se fijan en base a un mínimo legal sin tomar en cuenta la situación profesional(8).

(6) El artículo 4 del D.L. 19990 establece que podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley: a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y

(7) BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*. November 1942, HMSO. En: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html>.

(8) Tal como lo refiere la OIT, el nuevo concepto de seguridad social comprendía la cobertura universal de la población, la oferta de prestaciones compatibles con la dignidad humana, y la prestación de asistencia sociales para quienes no estuviesen amparados por el seguro social. En: *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra, 2011, en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>, p. 11

La OIT reconoce la influencia que ambos sistemas ha tenido en su normativa –convenios y recomendaciones– a lo largo del siglo XX. Así, señala que las actividades normativas de la OIT pueden dividirse en tres generaciones. Las normas de la primera generación corresponden a la era del "seguro social", por lo que entre 1919 y 1939 la OIT adoptó 15 convenios y 11 recomendaciones inspirados en este sistema. Las normas de la segunda generación, se adoptaron en la era de la "seguridad social" y aunque solo fueron tres convenios y cuatro recomendaciones, uno de los convenios (102), es la piedra angular sobre la cual se ha construido el sistema de seguridad social en el mundo; y finalmente, las normas de la tercera generación, que se centraron en la consolidación de los sistemas de seguridad social y la elevación del nivel de protección en términos de población cubierta, de cuantía y tipo de prestaciones(9).

2. La seguridad social pensionaria en el Perú

Nuestro país no ha sido ajeno a los avatares en la evolución de los sistemas de protección social. La Constitución Política del Estado de 1920 acorde a los lineamientos del Estado Social o "Estado de Bienestar" introdujo las primeras regulaciones sobre seguridad social(10). Si nos centramos exclusivamente en la protección dispensada a los riesgos sociales de vejez e invalidez, que comprende además el otorgamiento de prestaciones para sobrevivientes (viudez y orfandad), nuestro país se ha caracterizado por tener un sistema de seguros sociales con una importante participación del Estado.

La implementación del seguro social en nuestro país es relativamente reciente y tardía respecto a Europa. La Ley Nº 8433 del 4 de setiembre de 1936 en concordancia con la Ley Nº 13640 del 22 de abril de 1961 consolida la existencia de un seguro social obligatorio y la creación de un Fondo de Jubilación Obrera para los trabajadores que ostentan tal condición. Así, si bien la afiliación es obligatoria, solo lo es para los obreros, y en cuanto al financiamiento del sistema, este era tripartito e implicaba la participación solidaria del dependiente, el empleador e incluso del Estado.

Para el caso de los trabajadores –empleados, la protección social se implementa a través de la creación de una caja de enfermedad– Maternidad y una de

(9) Ibídem, pp. 11 y 12.

(10) Cabe resaltar que en el año 1911 ya se había promulgado en nuestro país una primera norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la Ley Nº 1378; sin embargo, dicha norma hace responsable de la indemnización ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional al empleador directamente, por lo que no estaríamos frente a un esquema de seguro social ni de seguridad social propiamente dicho, solo frente a la implementación de la teoría del riesgo en materia de responsabilidad civil.

Pensiones con la Ley Nº 13724 de 1961, aunque la caja de pensiones solo se organizaría el 11 de julio de 1962. La afiliación era obligatoria para los trabajadores empleados y el financiamiento del sistema era bipartito, el trabajador aportaba o cotizaba con 1/3 y el empleador asumía el pago de los 2/3 restantes[11].

El Decreto Ley Nº 19990 del 1 de mayo de 1973, actualmente vigente y que constituye además la norma marco que organiza lo que hoy conocemos como SNP acabó con la dicotomía obrero-empleado, implementando un sistema de pensiones destinado a cubrir las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivientes para todos los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada y aquellos trabajadores del régimen laboral público no comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Ley Nº 20530[12]. No obstante, consideró a los trabajadores independientes como afiliados voluntarios, dividiéndolos en dos categorías: a) por un lado los trabajadores considerados como independientes por realizar actividades por cuenta propia y no subordinadas[13]; y b) los trabajadores que habiendo sido dependientes, dejaron de serlo y optaron por seguir cotizando en calidad de independientes para alcanzar el derecho a una prestación dentro del sistema.

3. El financiamiento del SNP: financiación colectiva

El SNP puede considerarse como un típico sistema de seguro social, solidario y de reparto. En efecto, en primer lugar, la afiliación es obligatoria solo para los trabajadores dependientes, es decir, aquellos que se encuentran dentro del marco de una relación laboral (sea a duración determinada, indeterminada o a tiempo parcial); para el caso de los trabajadores independientes, la afiliación devino en obligatoria para las personas menores de 40 años, aunque a la fecha, su implementación se encuentra en suspenso.

En segundo lugar, la contribución y aporte originalmente fue bipartito, es decir, en el diseño original de la norma, el trabajador contribuía con un aporte de 1/3 y el empleador con los 2/3 restantes. Esta situación se ha modificado con el tiempo y desde el 1 de enero de 1997, por aplicación de la Segunda Disposición

(11) Es importante agregar que con anterioridad a la Ley Nº 13724, existieron algunos intentos fallidos de procurar protección a los empleados, tanto a través de la Ley Nº 10624 (1946) y el Decreto Ley Nº 17262 (1968) que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares - Fejep.

(12) El régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al Estado creado en 1974 es un régimen cerrado y en vías de extinción, sobretodo a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley Nº 29389 en el año 2004. Por las características del sistema y los pensionistas que alberga no es materia de análisis en el presente trabajo. Para profundizar en el estudio de este régimen recomendamos revisar NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

(13) El artículo 6 del D.S. Nº 011-74-TR establece que se considera actividad económica independiente aquella que genera un ingreso económico por la realización de trabajo personal no subordinado.

Transitoria de la Ley Nº 26504, las aportaciones al SNP son del 13 % de la remuneración asegurable a cargo exclusivamente del trabajador.

Los aportes o contribuciones que realiza el trabajador se dirigen a un fondo común de carácter intangible(14). Por su parte la OIT en el primer párrafo del artículo 71 del Convenio 102, ratificado por el Perú, establece que "el costo de las prestaciones en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del [Estado] Miembro y la de las categorías de personas protegidas".

A fines de los años ochenta y el inicio de la década del noventa, el SNP atravesaba una aguda crisis económica, reflejo de la situación que afrontaba nuestro país. Esta situación sumada a una pésima administración de la Seguridad Social por parte de las instituciones públicas como el Seguro Social del Perú y luego el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), hicieron repensar el rol del Estado frente a la seguridad social y buscar una alternativa válida a los esquemas de financiación por reparto que requerían siempre una fuerte y activa participación del Estado.

La respuesta a esta crisis la daría Chile, país que desde noviembre de 1981 había redibujado e reinventado el esquema clásico de financiamiento de la seguridad social con amplia participación estatal, reemplazándolo por un sistema privado de pensiones, donde el capital privado tiene un rol estelar en la administración del sistema.

4. El financiamiento del SPP: financiación individual

La existencia de esquemas privados de pensiones en el mundo es relativamente nueva. La patente de invención la tiene Chile, primer país que implementó la medida a inicios de la década de los años 80. La OIT advierte que durante los últimos decenios, este sistema proliferó en los países en transición de Europa Central y Oriental y en los países de América Latina(15).

(14) El artículo 12 de la Constitución Política del Estado establece que los fondos y las reservas de la seguridad social tienen carácter intangible por lo que disentimos con varios pasajes de la STC recaída en el Exp. Nº 0013-2012-PI/TC respecto a la constitucionalidad del cobro de la comisión al SPP sobre la base de lo que ya se encuentra en las cuentas individuales de capitalización (CIC) de los afiliados.

(15) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ob. cit., p. 207 y ss.

La característica principal del SPP es que elimina el principio de financiación colectiva y solidaria típica de los sistemas de reparto, reemplazándolo por un sistema de Cuentas Individuales de Capitalización (CIC) que permiten que cada afiliado acumule anticipadamente y de manera individual el monto de su futura pensión de jubilación; Así, la base de cálculo de la pensión de jubilación está relacionada directamente con las cotizaciones aportadas por el trabajador. En conclusión, tal como advierte Mesa-Lago(16), los sistemas público y privado de pensiones de seguridad social se definen sobre la base de sus cuatro elementos fundamentales: cotización, prestación, régimen financiero y administración. El sistema público se caracteriza por cotización no definida, prestación definida, régimen financiero de reparto y administración pública. Por el contrario, el sistema privado se caracteriza por cotización definida, prestación no definida, régimen financiero de capitalización individual y administración privada.

En nuestro país, a diferencia de Chile, el SPP convive con el SNP; es decir, que el trabajador puede elegir entre pertenecer a uno u a otro sistema; sin embargo, desde su creación, la orientación del legislador ha sido facilitar al trabajador el tránsito del SNP al SPP y no lo contrario. En consecuencia, estamos frente a un sistema paralelo(17).

Cabe agregar, finalmente, que si bien la OIT tolera la existencia de los esquemas privados de pensiones, ha sido muy crítica con estos. Así, la Comisión de Expertos entiende que estos esquemas se estructuran sin tomar en cuenta no solo los principios de solidaridad, participación en los riesgos y financiación colectiva, que constituyen la esencia de la seguridad social, sino también los principios que propugnan una gestión transparente, responsable y democrática del sistema de pensiones con la participación de los representantes de los asegurados(18).

(16) MESA-LAGO, Carmelo. "Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina". En: *Revista de la Cepal 84*, diciembre de 2004, p. 60 y ss. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/20417/G2258eMesaLago.pdf>.

(17) Al lado del sistema paralelo, se reconoce también la existencia de un sistema sustitutivo, como el chileno, donde el esquema público ya no permite nuevas incorporaciones y todos los nuevos afiliados deben optar por el esquema privado; a su vez, se reconoce la existencia de sistemas mixtos que combinan pilares públicos y privados al mismo tiempo.

(18) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Ob. cit., p. 207 y ss.

III. LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES

El artículo 9 de la Ley Nº 29903 introdujo una reforma inédita en la historia previsional de nuestro país, la posibilidad de que los trabajadores independientes menores de 40 años fuesen considerados como afiliados obligatorios sea del SPP o del SNP, de acuerdo a su elección. Pese a que la reforma es relativamente nueva, esta era una deuda pendiente que se venía arrastrando por lo menos desde 1945.

En efecto, el Perú fue uno de los 11 países que ratificó en 1945, el Convenio 35 de la OIT sobre seguro de vejez. Dicho convenio, aún en vigor para nuestro país, pues a la fecha no se ha ratificado el Convenio 128 de 1967 sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, establece en el artículo 2.1. que el seguro obligatorio de vejez se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales, de las empresas comerciales y de las profesiones liberales, así como a los trabajadores a domicilio y del servicio doméstico

La implementación de esta reforma, estuvo inicialmente prevista para el 1 de agosto de 2013; sin embargo luego de una serie de críticas respecto a su implementación y funcionamiento, su vigencia fue postergada hasta el 1 de agosto de 2014, mediante la Ley Nº 30082 de fecha 22 de setiembre de 2013, recordando que la afiliación sigue siendo obligatoria solo para los trabajadores independientes que cuenten con menos de 40 años de edad. A la fecha, y como ya hemos referido, la implementación de esta reforma está a puertas de ser eliminada completamente.

No me queda la menor duda, que fuera de las consideraciones políticas que rodearon el fracaso de esta reforma, es necesario cuestionarnos desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, por qué fracasó.

1. ¿Qué significa ser trabajador independiente?

Quizá una de las primeras preguntas que debamos resolver antes de pronunciarnos sobre las causas del fracaso de la reforma de trabajadores independientes al SNP o al SPP es, ¿qué debemos entender por trabajador independiente?

El Decreto Ley Nº 19990 y su reglamento aprobado mediante D.S. Nº 011-74-TR acogen la distinción clásica de distinguir a un trabajador independiente de uno dependiente, en función de si realizan o no una actividad económica por cuenta propia. No obstante, hoy en día sabemos que con el avance de las tecnologías de la información, la globalización de los mercados y la forma en la que

se ejecutan las prestaciones laborales de la época post-fordista, la distinción entre trabajadores dependientes e independientes se ha hecho cada vez más tenue. Tal como afirma Supiot[19]nos encontramos frente a un redimensionamiento del concepto de derecho del trabajo que puede producir muchas veces una desvalorización frente a la protección de los trabajadores independientes, sobre todo cuando estos están poco calificados. En este contexto, el trabajo independiente, refiere el autor, aparece como una forma fraudulenta de desreglamentación y un simple medio para escapar de las obligaciones, sobre todo sociales.

En esta línea de ideas, nos parece importante destacar la caracterización que realiza el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina[20] sobre los trabajadores independientes, señalando dos notas características que bien pueden ser aplicadas en nuestro país:

a) En primer lugar, se refiere a la *alta heterogeneidad* que incluye una gran gama de actividades profesionales, desde aquellas que reportan elevados ingresos a los trabajadores, hasta trabajadores independientes que en realidad solo generan ingresos para asegurar una nivel de subsistencia mínimo (v. gr. trabajadores ambulantes, trabajadores choferes de taxi, trabajadores conductores de microbuses, trabajadores de baja calificación profesional) que en general perciben ingresos que en la mayoría de casos se encuentran por debajo del mínimo vital, y en otros casos solo les permite acceder a ingresos esporádicos, y como ya hemos mencionado de subsistencia.

b) En segundo lugar se refiere a la *informalidad*. En nuestro país, el trabajo independiente se ha identificado en los últimos 25 años, no como sinónimo de actividad económica independiente, sino como sinónimo de informalidad laboral. Se trata de un gran grupo de trabajadores que se encuentran simplemente fuera del ámbito del Derecho del Trabajo y de la seguridad social[21].

(19) SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999, pp. 27 y 28. Traducción libre.

(20) *Los trabajadores independientes y la seguridad social*. Documento elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, bajo la coordinación de Pablo Casalí y Fabio Bertranou, Buenos Aires, 2007, p. 11 y ss.

(21) Para mayor información sobre la informalidad en América Latina y el Perú, recomendamos revisar Notas sobre Formalización: Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Documento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborado por el Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe. 2014. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_245613.pdf>. Consultado el día 30 de agosto de 2014.

A estas dos características, debemos agregar necesariamente una tercera, como es la de los trabajadores considerados como "falsos independientes"; es decir, aquellos trabajadores que siendo considerados por su empleador como independientes, en realidad se encuentran sujetos a una estricta subordinación jurídica que demuestra una utilización fraudulenta de la contratación civil.

Para dar un ejemplo de este hecho, no hay que ir muy lejos, basta revisar el D.S. Nº 166-2013-EF, para advertir, por paradójico que parezca, que es la propia normativa de reforma sobre la seguridad social, quien favorece el aumento de precarización de trabajadores independientes al señalar que trabajador independiente es aquel que percibe rentas de cuarta categoría, o rentas de cuarta-quinta categoría e incluso a aquel trabajador que desarrollando trabajo dependiente, pueda percibir también ingresos como independiente. La definición legal utilizada quizá sirva para efectos tributarios, pero no para efectos previsionales, pues el carácter dependiente o independiente de un trabajador no solo depende del tipo de renta que genera.

Debo confesar, que me parece inverosímil que la ley de reforma del SPP, considere como independientes, a "falsos independientes" eufemísticamente llamados trabajadores generadores de renta de 4ª - 5ª categoría, invención tributaria, que como sabemos no tiene cabida en el derecho del trabajo(22).

En este contexto, respecto a quién es verdaderamente un trabajador independiente y quién no, es que podemos analizar la crónica de una reforma cuyo fracaso parecía anunciado.

2. Las razones del fracaso de la reforma

A. Falta de comprensión e identificación concreta de quiénes son trabajadores independientes

Siguiendo la línea de lo mencionado en los acápites precedentes, consideramos que la primera razón de orden jurídico laboral y previsional que justifica el fracaso de la reforma, tiene que ver con la falta de identificación clara respecto de quiénes son trabajadores independientes y quiénes son trabajadores en situación de informalidad, o por lo menos situación de precarización laboral, como

(22) El artículo 19 del D.S. Nº 179-2004-EF establece que son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de e) Los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda.

son precisamente los trabajadores que laboran bajo el marco de la inexistente modalidad tributaria de contratos de 4ª - 5ª categoría.

Ahora bien, el hecho de que la Ley Nº 30082 establezca que en caso de que los ingresos totales mensuales del trabajador independiente sean menores que una Remuneración Mínima Vital (RMV), no habrá obligación de aportar al SNP o al SPP, no puede ser vista como una disposición positiva, pues si el Estado tiene un verdadero interés previsional en los trabajadores independientes, es precisamente respecto a estos que debió diseñarse un esquema de seguridad social no contributiva o cualquier otra alternativa para poderles garantizar el acceso a una eventual prestación de la seguridad social. Esta disposición más parece sugerir que aquellos trabajadores independientes que por lo exiguo de sus ingresos no estén en posibilidad de aportar a un sistema pensionario, sea público o privado simplemente quedan sin protección por parte del Estado ante el acaecimiento de alguna contingencia que pueda originar su necesidad de acceder a una prestación de jubilación, de invalidez o sobrevivientes.

B. Aportes escalonados y primas de seguro

Una de las formas en que la Ley Nº 30082 quiso mitigar el impacto de la afiliación de trabajadores independientes fue introducir porcentajes reducidos y progresivos de aportes al SNP y al SPP[23]. El impacto que esta medida pueda tener en los afiliados independientes al SNP es mínima, por cuanto el carácter de financiamiento colectivo y reparto del SNP determinan que la pensión de jubilación eventualmente dependa en mayor medida de la remuneración de referencia previa a la edad de jubilación y del número de años de aportación. En realidad, si un trabajador independientes aporta mucho o aporta poco, esto no va a tener un real impacto en el monto de su pensión al estar frente a un fondo común y de carácter solidario.

Sin embargo, la situación frente al SPP difiere completamente. Al encontrarnos frente a un sistema individualista y de capitalización, la cantidad y porcentaje de lo que aportemos sí va a tener impacto en el monto de la pensión de jubilación.

(23) La modificación introducida por la Ley Nº 30082 reduce los porcentajes de aporte, estableciendo una tasa de aporte gradual al SNP de 5 % (agosto de 2014 a julio de 2015); 7,5 % (agosto de 2015 a julio de 2016); 10 % (agosto de 2016 hasta julio de 2017) y 13 % (a partir de agosto de 2017); en el caso del SPP el aporte será de 2.5 % (agosto de 2014 a julio de 2015), 5 % (agosto de 2015 a julio de 2016), 7,5 % (agosto de 2016 a julio de 2017) y 10 % a partir de agosto de 2017 y en forma adicional señala que aquellos independientes que perciban menos de la remuneración mínima vital

Por otro lado, uno de los aspectos que a nuestro entender no ha sido debidamente informado, es que no existe un pago escalonado de la prima obligatoria de seguro que financia las prestaciones de invalidez y sobrevivientes. En efecto, recordemos que a diferencia del SNP donde el aporte obligatorio financia las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivientes, en el SPP el pago de aportes solo financia una prestación, la de jubilación. La pensión de invalidez está sujeta a un sistema de seguro obligatorio a través del pago de una prima de seguro, que solo se activará en caso se produzca la contingencia; en caso esta no llegare a producirse, tampoco existe la devolución de la prima de seguro pagada.

C. El pago de comisiones al SPP

Como sabemos, el esquema de pago de comisiones al SPP cambió sustancialmente con la Ley Nº 29903. En efecto, se abandonó el esquema de pago de la comisión por la remuneración (comisión por el flujo), para pasar a una etapa transitoria de pago de una comisión mixta (un porcentaje en base a la remuneración y un porcentaje en base al saldo de la cuenta individual de capitalización - CIC), para llegar finalmente a un sistema donde el pago de comisiones siempre se realice sobre la base del saldo de la CIC. Si bien, este tema es muy controversial, no pretendemos centrar nuestro estudio en el esquema de pago de comisiones, pero sí analizar su impacto en los trabajadores independientes.

En primer lugar, y pese a que el Tribunal Constitucional ha ratificado ya su constitucionalidad, seguimos opinando que el pago de una comisión basada en un porcentaje de la CIC viola frontalmente el artículo 12 de la Constitución Política del Estado que consagra el carácter intangible de los fondos pensionarios, por lo que a su vez consideramos inviable la devolución de los aportes ya realizados como lo propone el Proyecto de Ley que aprueba la modificación de la Ley Nº 29903 y deja sin efecto la afiliación obligatoria de trabajadores independientes. Pero fuera de esa discusión de orden constitucional, una situación que puede llegar a ser preocupante es la situación de precariedad laboral de los trabajadores independientes.

En efecto, en caso de que un trabajador independiente perciba ingresos esporádicos o irregulares, el pago de la comisión seguirá siendo puntual y regular, pues se realiza en función del saldo de la CIC y no en función de la retribución del trabajador independiente. Resulta curioso, pero a veces parece que por cubrir la cabeza de los independientes, les estamos descubriendo los pies, pues no solo en nuestro país no existe una prestación de seguridad social que otorgue prestaciones de desempleo a los trabajadores independientes y dependientes,

sino que en forma adicional al carecer de empleo, el SPP sigue cobrando un honorario por administrar el fondo de pensiones, sin que esto suponga, el garantizar una rentabilidad positiva.

3. La seguridad social fallida de los trabajadores independientes

Quienes defienden la afiliación obligatoria de trabajadores independientes lo hacen llamando a la reflexión de estos y a la vez criticando su falta de conciencia previsional. No podemos estar más de acuerdo con ellos, la seguridad social de los trabajadores independientes es un imperativo de cualquier Estado social; sin embargo, una cosa es defender la necesidad de garantizar a los trabajadores independientes el acceso progresivo a las prestaciones de la seguridad social, y otra muy distinta defender la forma en la que se ha querido implementar este acceso de los trabajadores independientes al SNP o al SPP.

Si realmente el Estado está comprometido con el futuro previsional de los trabajadores por cuenta propia, nos llama mucho la atención, por ejemplo, que en materia de seguridad social en salud, se siga considerando a los trabajadores independientes como afiliados voluntarios y no como afiliados obligatorios, ¿por qué la afiliación al SPP o al SNP es más importante y urgente que la afiliación obligatoria al seguro social de salud? No dudamos de la importancia de ambas, pero la reforma del SPP orientada a los trabajadores independientes, demuestra la absoluta improvisación del Estado para implementar un verdadero sistema de acceso universal y progresivo de los trabajadores independientes a todas las prestaciones de seguridad social que nuestro país garantiza.

Una reforma coherente que prevea la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes exige cuanto menos tomar en cuenta los siguientes aspectos:

1. Definir con claridad quiénes son trabajadores independientes, y dentro de estos quiénes se encuentran en situación de precarización laboral.

2. Organizar una reforma sistemática que comprenda el acceso progresivo de todos los trabajadores a la seguridad social en general, y no solo a ciertas prestaciones de la misma.

Las reformas parciales, como la introducida por la Ley Nº 29903, pueden resultar en el corto plazo más nocivas para los trabajadores independientes, que la falta de cobertura previsional actual.

IV. CONCLUSIONES

1. La reforma del SPP respecto a los trabajadores independientes y su afiliación obligatoria, solo puede ser entendida, si conocemos la forma de funcionamiento de los dos sistemas de pensiones vigentes actualmente en nuestro país.

2. El acceso universal y progresivo de los trabajadores independientes a la seguridad social es un imperativo social, pero lamentablemente la reforma planteada por la Ley Nº 29903 tiene serios defectos estructurales.

3. La reforma sobre la afiliación de trabajadores independientes no ha sido coherente respecto a la situación de precarización laboral y de informalidad de los llamados trabajadores independientes.

4. Tampoco se ha analizado de manera adecuada el impacto de la afiliación de trabajadores independientes respecto al pago de primas de seguro y comisiones mixtas y por saldo.

5. La reforma no ha previsto un verdadero mecanismo de integración universal de los trabajadores independientes, pues por ejemplo no ha previsto su afiliación obligatoria a la seguridad social en salud ni a ninguna otra prestación de seguridad social brindada por nuestro país a los trabajadores dependientes.

V. BIBLIOGRAFÍA

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty*. HMSO, November, 1942. En: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html>.

DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 17éme, Ed. Dalloz, Paris, 2011.

MESA-LAGO, Carmelo. "Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina". En: *Revista de la Cepal*. 84, diciembre de 2004. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/20417/G2258eMesaLago.pdf>.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Los trabajadores independientes y la seguridad social*. Documento elaborado bajo la coordinación de Pablo Casalí y Fabio Bertranou, Buenos Aires, 2007.

NEVES MUJICA, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra, 2011. En: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Informe 2012 de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones*. Ginebra, 2012, En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) Notas sobre Formalización: Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Documento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborado por el Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe. 2014. En: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_245613.pdf>.

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999.

HOMENAJE AL DOCTOR MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa

Al cierre de la sesión de la mañana de hoy, hemos programado un especial y sentido homenaje a nuestro querido amigo y cofundador de la Sociedad, Mario Pasco Cosmópolis.

El que habla dará unas palabras de introducción sobre algo que quiero compartir con ustedes y después hará uso de la palabra el Dr. Roger Zavaleta, maestro universitario de Trujillo y cofundador de la Sociedad y, finalmente, el homenaje, las palabras de fondo, estarán a cargo del Dr. Alfonso de los Heros, Vicepresidente de la Sociedad.

Para la Sociedad que presido es realmente un orgullo y un honor rendir este merecido homenaje a quien podríamos llamar un grande del Derecho del Trabajo en el Perú y en la comunidad internacional, como lo fue Mario.

Tratando de buscar algo peculiar para compartir con ustedes, revisando circunstancialmente unos libros de la Academia Peruana de Derecho de la cual Mario era miembro de número –un prestigio por cierto personal y a la vez para el laboralismo peruano– encontré un discurso que él había pronunciado a propósito de la incorporación a esta Academia Peruana del Derecho, de un conocido laboralista latinoamericano, el profesor Mozart Victor Russomano. Mario tuvo el discurso de presentación y en la introducción, citando a un distinguido laboralista amigo de él y de muchos de nosotros, Mario Ackerman, dio lectura a una breve parábola que relataba este jurista y la menciono porque si bien él en ese momento la aplicaba para referirse a la incorporación de otro laboralista a la Academia, me parece oportuno que aún ahora también recuerde esta parábola justamente en este homenaje a Mario y ustedes entenderán el por qué.

Dice así. “Cuentan que un angustiado perseguidor de la verdad estudió Filosofía y perdió la razón; después estudió Teología y perdió la fe; entonces estudió Biología y perdió el amor al prójimo; hasta que finalmente estudió Derecho … y perdió el tiempo”. Claro, todos sonreímos, pero decía Mario, “tengo

una explicación" y recogiendo sus palabras repito lo mismo: "Tengo una explicación para esta última desventura y es que el estudio del Derecho carece de sentido sin amor al prójimo, sin razón y sin fe, porque el Derecho es esperanza en la convivencia civilizada, apoyada en el respeto y el amor al prójimo, y la esperanza, a diferencia de las ilusiones, se construye con la fe y la razón". Sea dicho esto aquí, ahora, en homenaje a un hombre como Mario, que justamente no perdió el tiempo.

Se dice que el ser humano es hijo de sus obras. El hombre –decía Ortega y Gasset– es lo que ha hecho, lo que ha pasado. Más que naturaleza tiene historia. El perfil de una personalidad se traza por ello a partir de sus realizaciones y estas a su vez se integran en múltiples facetas. Son muchas las obras, variadas las facetas, infinitas las realizaciones de nuestro homenajeado el día de hoy y para eso dejo el estrado y doy la palabra a Roger Zavaleta y a Alfonso de los Heros. Muchas gracias

Palabras del Dr. Roger Zavaleta

Señor Presidente, señores miembros de la mesa, señores todos. Para mí, hacer uso de la palabra este día tiene un significado trascendente. Justamente en el mes de noviembre, celebramos el 26 Congreso en Tumbes para rendir crédito homenaje a Luis, que nos llevó a conformar, a fundar la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Partir de noviembre del año pasado estuvimos siempre con la presencia de Lucho, llevándola en el corazón. Ahora, en menos de un año, estamos reunidos en este Congreso para rendir homenaje muy justificado a Mario Pasco Cosmópolis.

Resulta que, coincidentemente Lucho, que desempeñaba por encargo de la Sociedad Internacional del Trabajo y la Seguridad Social la representación de esta Sociedad en el Perú, al recibir el encargo de José Montenegro Baca, que era quien en ese momento desempeñaba el cargo de representante de la Sociedad en el Perú, no pensó en la persona natural, sino pensó en que el cargo que debe desempeñar era trascendente a la existencia de la persona humana. Por eso él tuvo la idea de conformar una Sociedad, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y para ello convocó a Mario y tuvo no sé si la benevolencia de convocarme para integrar los tres la Sociedad. Nos reunimos en la casa de Lucho y luego de departir con él las inquietudes en relación con la Sociedad, se concluyó y se suscribió luego la minuta y posteriormente la escritura pública que dio nacimiento a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por eso para mí significa un gran honor el ser cofundador de la Sociedad.

Resulta que el año pasado rendíamos homenaje a Lucho Aparicio y en este Congreso rendimos homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, es decir, que como fundador ante ustedes me presento solo … no quisiera que para el próximo Congreso tenga que seguir el paso de los homenajeados…

Quiero, pues, concluir estas palabras recordando a Mario, que fue un asiduo estudiante y estudioso del Derecho. Cuando aún no había concluido sus estudios, realizábamos en Trujillo el Primer Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social bajo la égida de José Montenegro Baca; resulta que Mario llegó con un compañero a participar en ese Congreso pese a que la convocatoria era para profesionales; sin embargo, José Montenegro Baca, teniendo en cuenta la valía de Mario Pasco, no tuvo ningún inconveniente en que participara, y por cierto los frutos que rindió aquel Congreso fueron de trascendencia, precisamente también por el aporte de Mario.

Luego hemos constituido la Sociedad y luego tenemos la obra de Mario Pasco Cosmópolis. Él tuvo siempre la preocupación por el Derecho Procesal del Trabajo como medio de alcanzar la realización de la justicia, la realización de los derechos laborales; y precisamente tenemos el procedimiento laboral que hoy nos rige y él no se limitó simplemente a que se dictara esta norma, sino que como un maestro cuidó de que hubiera el organismo especializado en todos los distritos judiciales; y no solo eso, sino también personalmente se desplazó a esos distritos judiciales para cautelar, para ver cómo funcionaba este nuevo organismo especializado en materia laboral y cómo funcionaban también las normas de Derecho Procesal del Trabajo.

Creo que por todas estas razones el homenaje que hoy se rinde a Mario Pasco Cosmópolis es pues justificado.

Gracias por escucharme y gracias por haberme hecho partícipe de la fundación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que hoy se yergue orgullosa con un sinnúmero de miembros, hoy por ejemplo son quince los nuevos incorporados, nosotros por mucho tiempo fuimos tres, trabajamos bastante y luego, pues, se incorporaron socios como los que tenemos a la vista y precisamente cuando la Sociedad cumplía 15 años se nos rindió homenaje, como se rinde también a las damas que cuando llegan a los 15 años tienen una fiesta especial y a nuestro actual Presidente no se le escapó ese detalle, así que los tres fundadores –que estábamos vivos en ese entonces– nos hizo un homenaje y nos otorgó una distinción.

Por todo ello, gracias.

Palabras del Dr. Alfonso de los Heros

Querida Úrsula, Mario, amigos. Roger, casi me dejas sin libreto con tus lindas palabras…

Rendimos homenaje, en este VI Congreso Nacional de nuestra Sociedad, a nuestro querido y siempre recordado Mario Pasco Cosmópolis, cuya semblanza describió magistralmente Jaime Zavala en su "Carta al Amigo" aparecida en la edición de marzo de este año en *Análisis Laboral* y que todos ustedes han recibido con los documentos entregados al inscribirse en este Congreso,

Obviamente que las capacidades profesionales y docentes de Mario por los merecidos y numerosos títulos y membresías recibidas durante su vida al haber sido Presidente de nuestra Sociedad, Viceministro de Justicia, Ministro de Trabajo, Miembro de la Academia Peruana de Derecho, condecorado con la Orden del Trabajo, Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de trabajo –cargo que compartimos en varias ocasiones–, Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y también en una experiencia que me tocó compartir con él y con otros colegas, participar en dos comisiones muy importantes, la de Reforma de la Constitución política y la de Redacción del Anteproyecto de Ley General del Trabajo, todo lo cual lo retrata de cuerpo entero como un jurista de nota.

Es indudable que con estos antecedentes y después de 7 libros individuales, 27 libros en equipo y 24 libros colectivos publicados y más de 200 artículos y ponencias aparecidos en diarios y revistas, no nos queda más que inclinarnos ante esta producción profesional imponente y ejemplar para todos nosotros, en especial para los más jóvenes, quienes pueden mirar y admirar en Mario Pasco un ejemplo a seguir.

Mención especial merece su participación en la redacción y puesta en marcha de la Ley Procesal del Trabajo que hoy nos rige; y precisamente entre los 7 libros individuales escritos por él destaca aquel que se refiere al Derecho Procesal del Trabajo. Esta fue una vehemente preocupación de Mario, que abanderaba la idea de un proceso laboral célere, oral, con participación y cercanía del juez a las partes del proceso. Por ello un acontecimiento muy importante en el que Mario participó, fue el reciente II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo realizado a fines del año pasado en Piura, organizado por nuestra Sociedad que resultó un verdadero éxito y en el que se trató de forma exclusiva el tema procesal laboral con la participación de colegas y ponentes de toda Latinoamérica.

Pero lo que deseo destacar de manera especial en este homenaje es al Mario Pasco humano, aquel etenano flaco –procedente de Eten, por lo de etenano– con quien me encontré e hice amigo junto con Fernando Elías aquí presente y otros más, cuando ingresamos a la Facultad de Letras de la Universidad Católica en el año 1957, donde comenzó una relación amical y de colegas que ha durado 57 años hasta su muerte. Fue entonces cuando por el gusto de llamar a la gente de una manera peculiar Mario me plantó el "Ildefonso" y toda su vida me lo dijo, así me llamaba cada vez que nos encontrábamos.

Precisamente en los últimos días que estuvo con nosotros estuvimos planeando qué hacer de nuestra vida profesional cuando dejáramos la práctica en nuestros respectivos estudios de abogados y es así que pensamos abrir una oficina donde continuar algunas actividades, algunas inquietudes intelectuales vinculadas a nuestra actividad, iniciativa que desafortunadamente quedó trunca por su desaparición.

Una faceta singular de Mario fue su afición por el teatro. En la Universidad, Mario participó en el famoso TUC –Teatro de la Universidad Católica– y actuó varias veces en obras presentadas por este. Tuvo la suerte que cuando entramos al TUC –yo también entré– le tocó en su grupo a Ricardo Blume como mentor, mientras que a los que nos inscribimos en la segunda tanda nos tocó otra persona y no logramos en realidad el desarrollo que tuvo el grupo de Ricardo. Mario entonces se convirtió en un actor consumado y yo me convertí en un espectador entusiasmado.

Mario inició su vida de abogado después de su paso por el Ministerio de Trabajo, en la Oficina de Defensa Gratuita y de Jefe de Relaciones Industriales en Copsa, como asociado del Estudio Rodrigo-Avendaño y Elías, luego como socio del Estudio Avendaño y después como socio fundador del Estudio Delfino, Pasco, Ísola, Avendaño, Castañeda Abogados y luego como socio principal de Delfino, Pasco, Ísola Abogados, retornando en 2009 al Estudio Rodrigo, Elías y Medrano cuando dejó de ser ministro de Trabajo. En todos estos cargos y actividades destacó profesionalmente en forma nítida, porque Mario era en realidad una autoridad en material laboral y siempre tenía criterios creativos y bien estructurados respecto a los temas y problemas que se le planteaban.

Quiero recordar en forma especial también la formación del "Grupo de los 7" varios años atrás, con la presencia e iniciativa del propio Mario y de nuestro recordado Luis Aparicio y nuestros amigos y colegas Fernando Elías, Víctor Ferro, Pedro Morales y Jaime Zavala, con quienes nos hemos venido reuniendo periódicamente para comentar y cambiar ideas sobre los problemas del Derecho del Trabajo que nos ocupan y nos preocupan a diario. Esta fraternidad fue muy valiosa y

dio lugar a muchas ideas, iniciativas y criterios que nos han sido de gran utilidad en nuestra vida profesional. Al fallecimiento de nuestro querido Luis Aparicio invitamos a nuestro colega César Gonzáles para que se integrara al grupo.

Un recuerdo muy particular merece la forma cómo Mario entusiasmaba a sus colegas y amigos en todos los temas de interés profesional. Recuerdo que a finales de los 70, principios de los 80, nos impulsó a participar de manera real y efectiva en todos los eventos nacionales e internacionales de la especialidad y fue entonces que varios de nosotros iniciamos nuestra constante participación en congresos y eventos nacionales e internacionales donde junto con él y especialistas de los países latinoamericanos, compartimos amistad e inquietudes durante los últimos 30 años.

Ni qué decir de la fundación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que nos ha recordado Roger y que ya cumplió 25 años de existencia, que se debió al entusiasmo de Luis Aparicio, Mario Pasco y Roger Zavaleta. Es en esta institución donde se ha logrado desarrollar, dentro de un clima de amistad y pluralismo, el tratamiento de los temas de la especialidad de una manera seria y científica. Por lo pronto, estamos ahora viviendo nuestro VI Congreso Nacional dentro de este clima y objetivos.

Finalmente, un recuerdo que me es muy grato son las reuniones de amigos llenas de camaradería que hemos tenido a lo largo del tiempo, en especial aquellas en su casa con la hospitalidad de Úrsula, sobre todo en las que él celebraba sus cumpleaños los 8 de enero en la casa de la playa en donde con su amistad y simpatía hacía que nuestra amistad y aprecio recíproco crecieran y se consolidaran. Mario formó una linda familia con Úrsula. Recuerdo todavía a Mario hijo y a Iván chicos, después profesionales y ahora nos han hecho abuelos.

Creo que lo que más nos debe llenar de orgullo y satisfacción a familiares y amigos de Mario, es la calidad humana que tuvo, el empeño con que trabajó por el laboralismo peruano, lo bien que… perdón (aplausos del público ante la emotividad del Dr. De los Heros)… lo bien que sirvió a la Patria, con eficiencia y dedicación y sobre todo porque nos deja el mejor legado que nos puede dejar una persona: su incondicional amistad. Gracias

Palabras del Dr. Mario Pasco Lizárraga

Amigos, esta debe ser la concreción de uno de mis temores profesionales: estoy acá parado porque soy hijo de mi papá y no por otra cosa, pero me toca agradecer en nombre de mi familia, en nombre de mi mamá, de mi hermano que no ha podido venir, a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social por este aprecio y afecto tan genuinos hacia mi padre que nos ha sido demostrado. Pero sobre eso quisiera transmitirles en un minuto solamente lo que estoy seguro fue un sentimiento pleno de agradecimiento de mi padre, Mario Pasco Cosmópolis, hacia todos ustedes, porque esto en lo que estamos es lo que a él más le gustaba, organizar un congreso, venir, discutir de Derecho del Trabajo, hablar de Derecho, eso era lo que a él le apasionaba. Entonces, cuando lo hacemos, cuando venimos a los congresos, cuando discutimos, cuando hacemos Derecho, celebramos su vida y la de muchos otros que han hecho de la nuestra una disciplina tan apasionante, tan vital.

Esta es la forma de recordarlo. Que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y sus congresos crezcan, florezcan mucho más aún. Muchas gracias

Palabras del Dr. Jaime Zavala

Para terminar con este homenaje a nuestro entrañable amigo Mario y para quienes creemos en estas fuerzas extrañas de la naturaleza o de lo divino o de lo que trasciende a esta Tierra, les voy a pedir que se pongan de pie y como tributo final le demos un aplauso tan especial y tan fuerte, que estoy seguro que Mario lo va a escuchar ahí donde se encuentre. (Aplausos prolongados).

MESA REDONDA
LUCES Y SOMBRAS DEL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Moderadora : Dra. Beatriz Alva Hart

Panelistas : Dr. Martín Carrillo Calle, Dr. Ignacio Castro Otero, Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón, Dr. Alfredo Villavicencio Ríos

INTRODUCCIÓN

Dra. Beatriz Alva Hart

Continuando con el programa del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tenemos el tema de cierre antes de la Conferencia Magistral del profesor Carlos Palomeque, sobre un tema que seguro a muchos de nosotros nos ha tocado vivir en la práctica profesional, que es el tema del Arbitraje.

Justo conversaba con colegas y decíamos, finalmente, ¿el arbitraje funciona en negociación colectiva?, es decir, puede funcionar para un litigio civil, comercial, pero en el Derecho Laboral, ¿funciona el arbitraje?

Como le decía al Dr. Jaime Zavala, me ha puesto de Moderadora de temática cuando muchas veces me echan la culpa del arbitraje potestativo, porque fue a mí a quien le tocó librar en batalla legal el tema de los puertos y fue a partir de la otra batalla que tuvimos con Sutransport en el puerto del Callao que en primer lugar se determinó la negociación por rama y en segundo lugar el famoso arbitraje potestativo, porque Sutransport nos obligó a resolver el conflicto por la vía arbitral.

Entonces, estos temas en verdad nos llaman a reflexión y el título de esta Mesa Redonda viene a pelo, "luces y sombras". No estoy segura si leyeron el famoso fallo del Tribunal Arbitral y luego el laudo, porque en el fallo hacen nuevamente toda una disquisición jurídica del por qué sí correspondería el arbitraje

potestativo y el laudo –no sé si alguien lo ha leído a profundidad– dice "rama de actividad puerto del Callao Enapu" (…) el puerto del Callao es el puerto del Callao, APM Terminal sería DP World, sin embargo, ese laudo va solamente para Enapu, ¿es un contrasentido, no?, pero bueno, la historia es que hoy por hoy DP y APM están negociando por rama de actividad también porque tienen trabajadores contratados de manera directa, no usan la bolsa de trabajo.

Todas estas vicisitudes son las que nos llaman a reflexión sobre el tema del arbitraje y si realmente es un instrumento para resolver conflictos laborales, en este caso en materia de derecho colectivo.

Sin más, estamos en la mesa con colegas de larga trayectoria en materia laboral, con los que nos hemos encontrado, hemos sido miembros de Tribunales Arbitrales en muchos casos, profesores universitarios que definitivamente nos van a ilustrar no solamente con la parte jurídica, sino también con sus vivencias personales en el ejercicio de la profesión.

Hemos decidido de manera un sistema de trabajo. Vamos a otorgar a cada uno de los participantes 15 minutos por orden alfabético para evitar el tema de los sorteos y luego de la primera ronda tendremos 5 minutos adicionales para algunas precisiones finales.

Dr. Martín Carrillo Calle

Haré una presentación muy puntual porque he entendido que el tema del arbitraje, cuya posibilidad de abordaje es múltiple, tenía en esta oportunidad también un elemento de coyuntura, es decir, las últimas tendencias, qué está pasando recientemente, qué elementos son los que, obviamente sin excluir un debate estructural, histórico, jurisprudencial, cuáles son las tendencias y he identificado una que me parece sumamente interesante; hay quienes podrían verla como un ejemplo de "luces" como dice el título de este panel y otros preocupadamente como un riesgo de "sombra".

El tema en el arbitraje potestativo entendido como un arbitraje de naturaleza incausada, es decir, que no se debe, que no es necesario justificar en los términos del reglamento situaciones que habilitan y que, por lo tanto, deben ser evaluadas por el Tribunal Arbitral respectivo. Son seis los casos que tengo identificados; en el último de ellos he intervenido profesionalmente como asesor legal de una de las partes y entonces voy a dedicar mi intervención a este tema, cuáles son esos casos y luego pasaré a hacer una fundamentación en cada una de las resoluciones que voy a nombrar y obviamente no haré énfasis en la justificación particular de

las resoluciones, sino más bien en una aproximación conceptual, cómo sustentar –esa es mi posición– la validez de un arbitraje potestativo sustentando en su carácter incausado.

El primer caso que tengo identificado es un caso de abril de 2013, el arbitraje en la empresa Celima, ese es diríamos el *leading case*, el primer caso que en Celima se da por mayoría del Tribunal Arbitral en el que dos de sus miembros consideran que el pedido de los trabajadores de someter el conflicto no resuelto a un arbitraje bajo la naturaleza potestativa, queda habilitado además porque no es necesario demostrar o justificar circunstancia.

Los otros cinco casos son de 2014. En febrero se dieron dos casos en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el primero en la Zona Registral 9 de la sede Lima, allí el Tribunal vota en el sentido ya señalado, por unanimidad; el segundo también, es más bien el caso de la Federación Nacional de Trabajadores, el Tribunal repite el pronunciamiento y vota por unanimidad. Hay dos casos en mayo de este año, los casos de Consorcio Rabrisa –empresa textil–, el Tribunal resuelve por unanimidad; y el caso de Edegel, el Tribunal Arbitral por mayoría asume esta posición. El caso más reciente en el tiempo y que conozco por intervención profesional, es el caso de Telefónica del Perú. En setiembre de 2014 el Tribunal Arbitral por unanimidad acoge la tesis que se sustentó desde el sindicato de que el arbitraje potestativo en el Perú es de naturaleza incausada.

Enunciada esta posición, ejemplificada en seis casos muy recientes, paso a hacer la fundamentación de la tesis, por lo menos desde mi punto de vista, que tienen tres elementos para fundamentar.

El primero es la lectura concordante entre la Ley y el Reglamento, buscando la concordancia o en todo caso la preferencia legal como corresponde. Luego jurisprudencia constitucional, hay dos casos, uno de 2013 y otro de 2014 que se suman al precedente que todos conocemos de 2010 y que ya mencionó la Dra. Alva. Y luego, pues, citaré a colegas, algunos aquí presentes, que han escrito diríamos sin exagerar, pues cuál es el temperamento existente, no unánime pero existente, dentro de la doctrina nacional. Con este esquema anticipado procedo a sustentar el tema desde la aproximación que yo entiendo válida.

Recordemos el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo. No voy a entrar al debate de si la Ley reconoce al arbitraje potestativo. Estamos asumiendo que hay un arbitraje potestativo pero, claro, ¿hay un paso adelante, ese arbitraje potestativo es, además, incausado.

Leo textualmente el artículo 61 para recordar a todos, "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" ese es el texto de la norma. Leyendo este artículo, sostengo que no existen específicos motivos que deban acreditarse o puntuales causas habilitantes cuyo cumplimiento sea indispensable demostrar para permitir que se pase a la etapa propia del procedimiento arbitral dentro de la negociación colectiva en trámite. Lo único que fija la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo son dos momentos en los que cualquiera de las partes, tanto los trabajadores como el empleador, pueda imponer a la otra el arbitraje potestativo. El primero de esos momentos –recordemos lo que acabamos de leer– se presenta cuando se da por fracasada la etapa de negociación directa, mientras que el segundo momento se presenta cuado se da por fracasada la etapa de conciliación, existiendo en la Ley un requerimiento adicional: siempre que esa etapa se haya iniciado por solicitud de los representantes de los trabajadores, solicitud formulada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Entonces la Ley lo que fija son dos momentos, no fija requerimientos de justificación de situaciones, las situaciones son el fracaso de la negociación directa o el fracaso de la conciliación.

Pero no solo está la Ley, está el Reglamento, además con su reforma en setiembre de 2011 mediante el Decreto Supremo Nº 014. Es por vía reglamentaria, entonces, mediante la reforma dispuesta por el Decreto Supremo Nº 014 que aparecen dos supuestos habilitantes cuya ocurrencia facultaría a las partes a interponer el arbitraje potestativo. Estamos leyendo en la Ley que no hay requisitos y encontramos un reglamento que establece requisitos. ¿Cómo superar este antagonismo? ¿Cómo superar esta diferencia de contenido normativo en la Ley y en el Reglamento? Deberíamos interpretar que los supuestos del artículo 61 a) del Reglamento, que es lo que aporta el 014, no son los únicos eventos que permiten interposición del arbitraje potestativo; en tanto que resultaría inaceptable que por vía reglamentaria se limite el acceso a una modalidad de solución pacífica de conflictos colectivos laborales, como es el caso del arbitraje, que en su original formulación por la Ley no admite limitación ni delega en Reglamento que se establezcan requisitos adicionales a las circunstancias que la propia Ley señala: el fracaso de la negociación o el fracaso de la conciliación.

Los supuestos regulados por el artículo 61 a) del Reglamento de la Ley deben ser tomados, entonces, como meramente ejemplificativos o enunciativos del universo de particulares circunstancias y hechos que puedan haber impedido que las partes celebren una convención colectiva en la etapa de negociación directa o en la de conciliación, de ser el caso, y de cuya evaluación de las circunstancias propias de la negociación entre las partes se haya descartado recurrir a la mediación

o a ejercer el derecho de huelga, que es una alternativa de los trabajadores, optando entonces por el arbitraje potestativo.

En los seis casos que he señalado, los seis Tribunales, solo en el primero –Celima– los árbitros en mayoría recurren al control constitucional difuso. En los demás casos no usan esa fórmula, sino pues plantean esta interpretación entre la Ley y el Reglamento prefiriendo entonces el contenido dispuesto por la Ley, interpretando entonces que las del Reglamento son unas opciones pero no es una lista cerrada excluyente.

Dije también que en la jurisprudencia constitucional más reciente encontramos dos casos que se suman a esta posición. Me refiero a la sentencia de julio de 2013, en el caso del Sindicato Nacional Unidad de Trabajadores de la Sunat, en esa sentencia el Tribunal Constitucional se sostiene y reitera que manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje –en este caso el pedido del sindicato– la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución de conflicto, sin que se exija esta sentencia al Tribunal, no se exige a la parte que formula la manifestación de voluntad, es decir, el sindicato que acredite las razones de su pedido; el pedido es el hecho habilitante suficiente para que genere el sometimiento de la contraparte y se dé paso al procedimiento arbitral.

En mayo de 2014, hace pocos meses, en el caso Fetratel Perú nuevamente, pues, el tema de la negociación colectiva y el arbitraje como mecanismo de solución y el requerimiento de los trabajadores por vía bajo la modalidad potestativa, es objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este caso 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 que en el caso particular de Fetratel con Telefónica, al haber solicitado la Federación recurrente –FwL– someter al arbitraje la negociación colectiva del periodo correspondiente y ante la negativa de la sociedad emplazada –en este caso Telefónica– corresponde que la demanda sea estimada. Entonces, el pedido rechazado, en el rechazo está la lesión al Derecho y no en que en la solicitud no se le exige, ni en el caso de la Sunat ni en el caso de Fetratel-Telefónica; la evaluación del Tribunal no es por la presentación o no, la probanza suficiente de hechos que son los que solo si se cumplieran esos supuestos, resultarían habilitantes.

Interpretación de la Ley, jurisprudencia constitucional, pasemos ahora a recordar algunos autores nacionales que sobre el tema, desde la publicación del 014, han planteado algunas reflexiones. No haré la cita completa, simplemente indico que colegas como Blancas Bustamante, Ugaz Olivares, Morales Corrales, Boza Pró, Aguinaga Meza, Mendoza Legoas, tienen publicaciones sobre este

tema. Voy a citar simplemente con carácter selectivo dos autores de insospechada proclividad sindical y creo que eso permite también entender una aproximación jurídica al tema.

Mauro Ugaz tiene una ponencia presentada en el Congreso anterior al presente, publicada en el libro de anales de ese Congreso, sobre el 014, dice en el artículo 61 a del reglamento, que es lo que suma el 014, se introduce reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado por la Ley bajo cualquier modalidad es potestativo de manera general. Dice Ugaz, se podría optar por el arbitraje potestativo en cualquier escenario de negociación sin necesidad de una justificación.

En el diario oficial *El Peruano*, en el suplemento de artículos y opiniones, Pedro Morales publicó en su momento un artículo donde sostiene que "no se puede entender que mediante el D.S. Nº 014 se regule el arbitraje potestativo solo en dos supuestos, enturbiando y dilatando, increíblemente, el proceso de negociación colectiva y propiciando que alguna de las partes incurra en un acto de mala fe para ser acusado de este y así tener seguridad de poder hacer uso del arbitraje potestativo en caso fuese necesario. Por ello –dice Morales– estimamos que dichas posiciones deben ser derogadas pues el arbitraje potestativo ya se encontraba definido en la Ley y en especial en su Reglamento y en el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, entonces, la posición de sostener que el arbitraje potestativo es incausado, creo que no se puede señalar, en este momento, que sea posición mayoritaria, pero creo que sí tiene elementos suficientes para ser caracterizado como una tendencia. Varios de los casos que se han resuelto asumiendo esta posición son casos ocurridos en sectores o empresas o servicios públicos de importancia y arbitraje potestativo los tribunales arbitrales en cuatro de los seis casos señalados, por unanimidad. No he señalado, no creo que resulte necesario, pero en todo caso en una segunda intervención podré si fuera de interés, identificar los árbitros que han asumido esa posición, en esta sala hay algunos de ellos firmando esta posición que yo comparto y que en todo caso se presenta ante ustedes como una tendencia, no una propuesta ni ideológica ni un ensayo especulativo, una tendencia con ejercicio concreto, reciente, creciente, sostenida, una tendencia que tiene argumentos en la interpretación entre Ley y Reglamento en lo que ha sido, es, en pronunciamientos del Tribunal Constitucional cercanos en el tiempo, en reflexión de colegas autores locales, también esa tesis tiene espacio para desarrollarse.

Dra. Beatriz Alva Hart

Aquí hay un tema importante: incausado o no incausado. Tengo cerca de mí a un colega con el que me he agarrado a cabezazos por el tema de la mala fe negocial, porque normalmente los casos que han sido reportados por Martín Carrillo son casos en los que el trabajador o los representantes de los trabajadores son los que han invocado el arbitraje potestativo pero ¿qué pasa cuando es el empleador? ¿cuál es la medida que en este caso, no necesariamente el Ministerio de Trabajo, sino los árbitros utilizan para poder evaluar si efectivamente el sindicato ha actuado o no con mala fe negocial como causa objetiva para poder invocar el arbitraje potestativo? Entonces, no es la misma vara con la que miden a los empleadores cuando son ellos los que quieren acusar una mala fe negocial y, por ende, someter el conflicto a un arbitraje como medio de solución pacífica. Son, entonces, varios temas que dan vueltas respecto de las luces y sombras del arbitraje.

Dr. Ignacio Castro Otero

En esta primera intervención haré referencia al tema del marco normativo, digamos que es bastante similar a lo que ha expresado Martín, sin embargo, desde una perspectiva contraria.

Creo que el arbitraje contenido en la Ley de Relaciones Colectivas es uno voluntario. Cuando el artículo 61 de la Ley dice que las partes podrían someter el diferendo a arbitraje, yo entiendo que se está refiriendo a ambas partes. Lo que viene a continuación, en el artículo 63 de la Ley, que es digamos el argumento al contrario que se utiliza para indicar que en realidad es potestativo, es cuando el sindicato ha decidido ejercer el derecho de huelga para someter el diferendo a arbitraje, sí requiere la aceptación del empleador.

Hay quienes ven en esta disposición una distancia respecto del arbitraje voluntario, toda vez que expresamente se está diciendo que en este supuesto sí se requiere la aceptación del empleador. Yo más bien lo veo como una reiteración. El arbitraje del artículo 61, si partimos de esa hipótesis de que es voluntario, el artículo 63 no está haciendo sino reforzar ese carácter voluntario en virtud del cual si el sindicato decide ejercer el derecho de huelga, cuando mañana más tarde decida someter el diferendo a arbitraje evidentemente necesitará contar con la aprobación del empleador.

Es más bien el artículo 46 del Reglamento el que de alguna manera genera dudas. Este artículo dice que cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje. Ciertamente parece desde una perspectiva concluir que el arbitraje de

la Ley es uno potestativo, o de la otra perspectiva, que el del artículo 46 del Reglamento es ilegal: si el arbitraje previsto en la Ley es voluntario, el Reglamento cuando dice que cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje y no las dos, esto estaría yendo más allá de lo dispuesto por la Ley.

Esto más bien creo que es consecuente con el Convenio 98 de la OIT, que en su artículo 4 –dicho sea de paso, es un Convenio ratificado por el Perú– en rigor desde antes de la vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece expresamente el principio de negociación voluntaria. Ciertamente, con posterioridad, tanto la Comisión de Expertos, como el Comité de Libertad Sindical, han indicado que es incompatible con el Convenio 98 cualquier fórmula en virtud de la cual se pretenda obligar a una de las partes a solucionar el conflicto en contra de su voluntad. Por consiguiente, el artículo 61 de la Ley no podría, desde su inicio, haber contemplado un arbitraje potestativo porque estaría yendo en contra del artículo 4 del Convenio 98. Ese, creo yo, debiera ser el punto de partida del análisis.

Tenemos una cuarta disposición final y transitoria en la Constitución, que expresamente establece que las normas relativas a derechos humanos se interpretan de acuerdo a los tratados internacionales. Por consiguiente, el derecho a la negociación colectiva contenido en la Constitución, en el artículo 28, cuando se habla de este fomento a la negociación colectiva y esta promoción de formas de solución pacífica, tienen que estar necesariamente enmarcados dentro de los alcances del Convenio 98. Siguiendo esa línea de razonamiento, el artículo 61 de la Ley solamente podría contener un arbitraje voluntario y el artículo 46 del Reglamento, cuando establece que cualquiera de las partes puede someter el diferendo a arbitraje, tendría que necesariamente devenir en ilegal.

Desde esa perspectiva, digamos, el arbitraje incausado no estaría contemplado en nuestra legislación, no habría una norma en la Ley ni en el Reglamento válida que así lo establezca y más bien la propia OIT reconoce que en determinadas ocasiones excepcionales se pudiera recurrir a esos mecanismos de solución de conflicto obligatorio con intervención del Estado y son de alguna manera los que están recogidos en el D.S. Nº 014 del año 2011: casos de primera negociación tanto en cuanto a su nivel como a su contenido, como en cuanto a los actos de mala fe y ahí no hay creo yo una posición unánime que pueda rescatar, sé que hay algunas personas que piensan que los actos de mala fe no van en la línea de las situaciones excepcionales previstas por la OIT y que, por consiguiente, solamente se podría dar arbitrajes potestativos causados, pero solamente en los casos de primera negociación.

Este era un primer punto que quería destacar y, por consiguiente, concluir que el arbitraje potestativo incausado, desde mi perspectiva, no existe en el

ordenamiento, aun cuando, por cierto, sea hoy por hoy la posición minoritaria y no tenga el respaldo de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional que se han dado en esa materia.

Respecto del arbitraje en sí mismo, el arbitraje potestativo creo que desincentiva la negociación directa entre las partes. Hoy por hoy, lo que se puede apreciar desde la perspectiva del ejercicio profesional, es una especie de arbitraje especulativo, es decir, no me pongo de acuerdo, el sindicato ya tiene planificado su accionar, sabe que lo que desea realmente es irse al arbitraje y simplemente sigue formalmente las diversas etapas del procedimiento –trato directo y luego conciliación– para posteriormente someter el diferendo a arbitraje potestativo, que es lo que desde un inicio quería.

Creo que más bien un accionar acorde con el mandato constitucional supone fomentar la negociación directa entre las partes y eso supone de parte de la Autoridad de Trabajo una intervención más enfática, más empática, durante los procedimientos de conciliación, sobre todo a nivel de las direcciones regionales, en donde muchas veces es para ellos también un paso más, un trámite más que deben seguir y no están realmente interesados en la solución.

Cosas que debiera hacer la autoridad de Trabajo es recomendar que las partes regresen a trato directo cuando advierte que han llegado a conciliación o a extraproceso sin haber agotado realmente la negociación directa. Eso se aprecia con bastante regularidad en la realidad y, sin embargo, la respuesta que se recibe en el Ministerio de Trabajo es que mientras las partes quieran venir, nosotros seguiremos acá… ¿no es cierto?, pero eso desincentiva, pues, ciertamente, esa negociación directa entre las partes, que es la que realmente debiera privilegiarse.

Por otro lado, en el tema del arbitraje potestativo hay tres aspectos. Bueno, a estos efectos no resulta relevante si es causado o incausado, pero hay tres aspectos que son de particular preocupación. Uno es la facultad de atenuación, que claramente en la Ley está prevista como una situación excepcional y, sin embargo, se aprecia que se utiliza con demasiada regularidad, casi parece necesario que todo laudo tenga una atenuación.

Por otro lado, el tema de la vigencia, hay por ahí opiniones que dicen que a falta de acuerdo, es decir, si las partes no se han puesto de acuerdo respecto a la duración del convenio colectivo, como que de hecho es así porque están sometiendo el diferendo a arbitraje, corresponde aplicar el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas, que dice que a falta de acuerdo el convenio tiene como duración un año y, por consiguiente, estarían desestimando las propuestas que tengan un plazo mayor presentadas por las partes. No se da en todos los casos. Conozco

casos de laudos que se han emitido con una vigencia mayor a un año, pero como que existe esa tendencia a pensar que el laudo solamente debería tener un año por disposición del artículo 43 de la Ley y me parece que eso no es así.

Y, por último, el tema de la bonificación por cierre de pliego, que está totalmente desvirtuada cuando se incluye, a mi parecer, en un laudo arbitral. Claramente una bonificación por cierre de pliego es un incentivo que se otorga durante la negociación justamente para motivar el cierre de la misma, pero en esa etapa, ya sea en trato directo o en una negociación asistida, con intervención de la autoridad de Trabajo, de conciliación o en extraproceso, pero ya en un arbitraje, que es un mecanismo de solución a través de terceros con una hetero composición, resulta bastante difícil de aceptar la existencia de un beneficio de esa naturaleza.

Dra. Beatriz Alva Hart

Dos temas puntuales respecto a la intervención del Dr. Castro. El primero es si el arbitraje en verdad funciona para unos temas, como por ejemplo, la revisión de cláusulas permanentes, porque si finalmente, ya sea el sindicato o la empresa deciden optar por el arbitraje potestativo en la medida en la que ya es la tendencia que está generalizada, ¿existe la posibilidad de que en la propuesta integral que presente la empresa se plantee la modificación o la revisión de cláusulas que han sido decretadas con carácter permanente? Porque existe obviamente una tendencia a considerar que estas condiciones permanentes solamente pueden ser revisadas por las partes de manera directa, pero si ya vamos a un tema de arbitraje, ¿el arbitraje lo puede revisar? Si es voluntario, como que habría más opción, ¿y si es potestativo, donde uno obliga al otro? Ese es un tema de interrogante.

Y lo otro, quisiera saludar la participación del Ministerio de Trabajo porque hoy por hoy los abogados que vemos negociación colectiva sí nos sentimos bastante más respaldados en la mayor capacidad que tienen los conciliadores, hay una mayor capacitación, hay un mayor apoyo y personalmente me ha tocado estar con uno de ellos desde las 8 de la mañana hasta las 3 de la madrugada en Cajamarca cerrando un pliego de reclamos muy duro, de una empresa contratista minera importante. Ese apoyo del Ministerio de Trabajo con el que podemos contar en Lima, esperemos que también se replique en las regiones con una mayor capacitación a los conciliadores, es muy importante para lo que es la práctica de las negociaciones colectivas.

Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón

Quiero comenzar con lo siguiente. Hace un mes aproximadamente el doctor Jaime Zavala, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social aquí presente, me regaló un libro, "El arte de callar" escrito por Abate Dinouart en el año 1771. Me preguntaba entonces, ¿cuál será el mensaje oculto que hay detrás de este libro? ¿qué me quiere decir el Dr. Zavala justo cuando voy a participar en este debate de Luces y Sombras del Arbitraje en la Negociación Colectiva? Pues, precisamente en este tema tendré que hacer todo lo contrario, con la venia del Dr. Zavala, no le voy hacer caso ya que no se puede callar cuando se puede decir algo más valioso que el silencio.

Comenzaré entonces haciendo una relación de temas de la experiencia personal, en los cuales he tenido que intervenir y que me han dado una visión sobre los problemas para laudar. Yo iría al sentido práctico de las cosas, por lo tanto, hablaré más de las sombras que de las luces, porque cuando se habla justamente de problemas para laudar, es todo lo que hemos tenido que pasar los árbitros para poder llegar a una solución.

Tengo doce temas apuntados; sé que el tiempo no me va a dar, pero los voy a enunciar y quedarán muchos de ellos en el tintero.

El primero del cual voy hablar es uno que no han tocado todavía mis colegas, que es el problema de la elección del presidente del Tribunal Arbitral.

El segundo tema se va a referir al arbitraje potestativo incausado.

El tercero –si el tiempo me lo permite– el arbitraje de conciencia o económico frente al arbitraje de derecho.

El cuarto –ya se ha hablado algo de él– la atenuación de las propuestas, hacia arriba o hacia abajo y hasta dónde.

El quinto tema, el control difuso en el arbitraje y el control difuso en sede administrativa.

El sexto tema, el desistimiento de algún punto de la propuesta final, ¿es posible? ¿no es posible?

El sétimo punto, la capacidad negocial y la legitimidad negocial en el arbitraje frente al derecho de libertad sindical.

Octavo punto, la huelga como argumento de impedimento del arbitraje

Noveno, la propuesta cero de algunas instituciones, por lo tanto del arbitraje y la normativa presupuestal.

El décimo punto referido a la bonificación por cierre de convenio en el arbitraje, tema que ya alguno de mis colegas ha tratado, por lo que no será necesario volver a incidir en él.

El undécimo, la pluralidad sindical y varios arbitrajes distintos al interior de una misma empresa. Cuando hay pluralidad sindical puede haber dos o más arbitrajes y los árbitros resuelven otorgando aumentos distintos. Entonces nos preguntamos ¿hay paz social o caos?

El décimo segundo tema, es el "transfuguismo sindical" o creación de nuevas organizaciones sindicales. Generalmente se da cuando los dirigentes de una organización sindical no salieron victoriosos en elecciones internas y otra lista asume el control….ante lo cual la lista perdedora decide constituir una nueva organización .... ¿para qué? .... para que la procedencia del arbitraje potestativo incausado funcione bajo la causal de primera negociación.

Finalmente, daré a conocer mi posición y recomendaciones de reforma sobre las normas actualmente existentes.

Difícil abarcar toda esta temática en los pocos minutos que me han otorgado. Comenzaré por el problema de la elección del presidente del Tribunal Arbitral.

Actualmente existen dos listas de árbitros conocidas por todos: la lista de árbitros para el Sector Privado y la lista de árbitros para el Sector Público.

Todos aquellos que son árbitros saben que para cumplir dicha función hay que registrarse en el Ministerio de Trabajo. Para la lista de árbitros del Sector Privado solo hay que llevar el currículum vítae y uno es calificado de manera automática con base en su experiencia profesional, pero en el caso del Sector Público se nos exige asistir a un curso que dura dos mañanas. El primer día, nos hablan representantes del Ministerio de Economía para decir que "no es posible hacer nada, que no es posible dar aumentos"; y al día siguiente, contradictoriamente el Ministerio de Trabajo dice que todo lo dicho el día anterior no funciona, que hay que hacerlo de otra manera.

Vemos, entonces, que este trámite formal no es realmente óptimo para la inscripción y selección de árbitros, pues hay muchos colegas –no necesariamente abogados– los cuales se encuentran plenamente capacitados para intervenir en un arbitraje de equidad, que no necesita ser de derecho.

Un problema adicional relacionado con la elección de los árbitros, es el sorteo. Cuando los árbitros de cada parte no se ponen de acuerdo, en la elección del Presidente del Tribunal se debe ir a un sorteo. En mi opinión, tal proceder es un sistema inadecuado, porque todo depende de la cantidad de árbitros que figuran en la lista sobre los cuales ya se conoce más o menos su tendencia. Entonces, si analizamos la lista de árbitros podemos apreciar –no puedo ser exacto en las

cifras– un 65 a 70 % de árbitros de tendencia prosindical ya conocida y un 30 % a quienes también se les conoce su tendencia propatronal.

Ante esta coyuntura nos preguntamos cuál es el mayor número de probabilidades de salir elegido ... Bajo tal sistema es muy fácil ir a un arbitraje potestativo incausado, e incluso sin dialogar entre las partes, porque no importa el contenido de las propuestas, sino la consigna de llegar al arbitraje manteniendo una pretensión económica muy alta porque a través del sorteo existe un número mayor de probabilidades para elegir al presidente del Tribunal Arbitral que pueda inclinar la balanza hacia un lado.

Por cierto, cuando los árbitros hacemos esfuerzos para encontrar una solución en la elección del Presidente formulando ternas, es posible que no haya acuerdo debiendo recurrir a un arbitraje donde el sorteo favorecerá al que tenga mayores probabilidades.

Sucede a veces, que a una de las partes no le gusta el árbitro elegido por sorteo como presidente, entonces viene un segundo problema, la recusación del árbitro bajo cualquier excusa o el pedido de su remoción. Por eso considero que este tema requiere ser revisado. Sería largo seguir hablando de esto, pero evidentemente dicha elección está basada en un sistema inadecuado.

Me referiré en segundo lugar al arbitraje potestativo incausado. Ya algo se ha dicho de él. No voy a repetir nada, pero evidentemente el arbitraje potestativo incausado nace a la luz de nuevas interpretaciones sobre la materia.

El texto original del Decreto Ley Nº 25593 estableció la existencia del arbitraje voluntario como primera posibilidad y el obligatorio para casos excepcionales. Durante 19 años, se mantuvo la interpretación del arbitraje voluntario, sin embargo, de la noche a la mañana, apareció el arbitraje potestativo incausado.

Quisiera con mucho respeto señalar que no comparto esa posición, porque hay convenios internacionales de trabajo que nos señalan cuál es la pauta. En efecto el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT señala lo siguiente: “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 los 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 segundo argumento ha sido fijado por la Comisión de Expertos de la OIT: “El arbitraje potestativo impuesto a solicitud de una de las partes contraviene

el principio de negociación voluntaria establecido en el Convenio 98 de la OIT, el que solamente puede darse en situaciones excepcionales y no como una regla general".

Parece que la nueva interpretación sobre la existencia de un arbitraje potestativo incausado invierte la excepción de la cual queremos hacer la regla general.

Por último, me voy a referir a lo que dice el Comité de Libertad Sindical sobre el particular. Es curioso advertir que se cita esta fuente siempre que establece beneficios para la parte laboral, pero en este caso –precisamente– no lo van a citar quienes sostienen la posición contraria.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, señala:

1. "La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieran de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo, plantea problemas de aplicación con el Convenio 98 de la OIT".

2. "Las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo de las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad, no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT".

3. "Una disposición que permite que una de las partes del conflicto pueda unilateralmente solicitar la intervención de la Autoridad de Trabajo para que se aboque a la solución del mismo, es contraria al fomento de la negociación colectiva", y

4. El Comité de Libertad Sindical admite el arbitraje obligatorio para casos excepcionales por iniciativa de las autoridades o una sola de las partes o por mandato directo de la legislación, en casos de crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios en la administración del Estado, en consecuencia, en casi todos los casos y además en los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la población en todo o en parte, resulta aceptable el arbitraje potestativo incausado.

Sin embargo, a pesar de estas recomendaciones internacionales un grupo de la doctrina se aparta de la aplicación del Convenio 98 de la OIT reconocido por el

Perú pese a que debe ser respetado. La única manera de apartarse sería la denuncia del Convenio, no existe otra posibilidad.

Consecuentemente no se pueden alterar sus alcances, ni apartarse de él, llevando el tema hacia el control difuso o la inaplicación de ciertas normas ni menos dejar de aplicar el principio de la legalidad. Es importante señalarlo, ya que se debe velar por la aplicación de las normas existentes.

Ante esta disyuntiva nos preguntamos … ¿Es posible aplicar el control difuso? … Conocemos los alcances de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional que nos dicen que en sede administrativa no es posible aplicarlo, sin embargo, la Constitución no distingue, si debe ser interpretado de igual manera tratándose de cualquier otra sede.

Pero vamos más allá ... ¿Por qué es necesario el control difuso?.. ¿Quiere decir que nuestras normas estuvieron mal dadas? … ¿Por qué esta necesidad de ir hacia el control difuso y no ir por el procedimiento que corresponde a través de la acción de inconstitucionalidad si la norma estuviera mal dada?

Nos hacemos estas interrogantes al darnos cuenta de que la negociación colectiva esta cambiando de naturaleza. En efecto, cambia de naturaleza porque la negociación colectiva es en esencia un diálogo, un proceso dialéctico que prácticamente resulta negado con la nueva tendencia de un arbitraje potestativo incausado. ¿Dónde queda entonces el proceso dialéctico? Simplemente ya no es necesario ofrecer una propuesta, porque si ya sabemos que existe la posibilidad y la probabilidad de tener una terna de árbitros donde hay dos a uno que van a ser mayoría, no tiene ningún sentido discutir propuestas, simplemente me voy con mi propuesta final ganadora al laudo final.

Evidentemente no encuentro un respaldo normativo en los supuestos genéricos que se plantean como sustento del arbitraje potestativo incausado. Se ha hablado de algunos arbitrajes y casos jurisprudenciales que tratan el tema, evidentemente los hay, pero también se ha omitido decir quiénes eran los miembros integrantes que resolvieron cada caso.

Se ha hablado primero del problema de la designación de los árbitros, no cabe duda de que vamos a encontrar también un problema analizando cuál es la composición arbitral en estos casos.

Insistiré en el tiempo que me queda con este tema y disculpen que no toque los otros, pero creo que este es el más importante.

El artículo 61-A del Decreto Supremo Nº 014/2012-TR establece los supuestos del arbitraje potestativo en los siguientes términos:

> Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:
>
> > inciso a) Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación en el nivel o en su contenido;
> >
> > inciso 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.

Quiero hacer una especial diferenciación entre estos dos. En primer lugar, considero que el arbitraje potestativo es el que está previsto en el inciso a), porque refiere a situaciones excepcionales, cuando recién comienza a tener fuerza el sindicato. En cambio cuando hablamos del segundo supuesto, cuando durante la negociación del pliego se advierten actos de mala fe que tengan efectos dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo, estaríamos hablando de un arbitraje con causa, pero no incausado.

Consecuentemente, el inciso a) refiere una causa objetiva por tratarse de un caso excepcional, mientras que el inciso b) requiere de la invocación de causa donde la mala fe debe ser demostrada.

Nos preguntamos, entonces, qué sentido tiene el Reglamento al contemplar estas posibilidades, si existen resoluciones que dicen que basta pedirlo de manera incausada para que funcione el arbitraje. ¿Es que el legislador se equivocó? ¿O que el legislador quiso –como argumentan algunos– que dichas causas solo fueran complementarias?

En mi opinión, no podemos hablar de complementariedad cuando existe un argumento muy fuerte que es el Convenio 98 de la OIT reconocido por el Perú.

Dr. Alfredo Villavicencio Ríos

Cuando se trata de estudiar un fenómeno socioeconómico tan complejo como el trabajo, se invita siempre a hacer un análisis interdisciplinario y habida cuenta de la versación de los miembros de la mesa y de todos ustedes en el tema jurídico, en esta oportunidad les voy a presentar un conjunto de que tratan de dar cuenta del contexto de los indicadores que se pueden extraer de la información del Ministerio

de Trabajo respecto de los años 2011 - 2014 y finalmente de un estudio que estamos elaborando sobre 75 laudos que se ocupan también de ese mismo periodo.

En el primer tema que voy a enfocar está este tema del contexto adverso al ejercicio de los derechos colectivos. Voy a pasar muy rápidamente algunas láminas solo para que recordemos una situación que siempre hay que tener presente. En primer lugar, el Perú en su estructura empresarial, el 95 % de las empresas tienen hasta 20 trabajadores, recuerden que para constituir un sindicato se exige 20, en el Perú el 95 % de las empresas no cumplen con ese volumen de trabajadores y si las vemos no por número de empresas sino por el número de trabajadores, el 72.4 % está en lo que se llama micro y pequeña empresa. Además de esto, no salimos hasta ahora del fenómeno de la informalidad. No me voy a referir a la informalidad respecto de la PEA como en otras oportunidades o en otras ponencias se ha hecho, porque solo tiene sentido hablar de la informalidad respecto del trabajo asalariado; el informal agrícola o el informal independiente que no tiene ni quiere ser asalariado no entra en este cálculo, pero aún así, dentro de los asalariados y con el ciclo de crecimiento que hemos tenido, la informalidad en promedio está en 57.7 %. Se ha repetido muchas veces, la relación, el ratio entre contratos permanentes y trabajo temporal es de 3 a 1. de 10 trabajadores 6 están en la informalidad y de los 4 que quedan 3 son contrato a plazo fijo y 1 es contrato indefinido. Sabemos el impacto que estas cosas tienen en el ejercicio de la sindicación porque los dos ponentes de ayer por la mañana lo dejaron absolutamente claro.

Eso (está refiriéndose a la lámina) no es la montaña rusa de Miami, esos son los salarios en el Perú si es que estiramos la secuencia histórica hasta el año 80, porque si la ponemos solo en el 2000 hay algún efecto distorsionado. Desde el 80 esa es la caída. Un profesor, por ejemplo, ganaba poco más de 5 mil soles de 2009 y ahora gana 1,045, para que tengamos un poco la idea de la pérdida de capacidad adquisitiva que se ha tenido en nuestro país. Otro dato más. El 34.1%, más de un tercio de los peruanos asalariados, gana menos del salario mínimo vital. El promedio de los asalariados en el Perú: 1,500 soles los no sindicalizados, 2,500 soles los sindicalizados. Horas de trabajo: más de 48 horas a la semana, digamos que le queda muy poquito tiempo para intentar hacer valer o ejercer sus derechos colectivos, si tienen jornadas de 60 o 55 horas a la semana.

Esto es lo que he denominado el contexto adverso para el ejercicio de los derechos colectivos. Este contexto tiene ese resultado, esa es la caída de la afiliación sindical, del 21.9 al 4 %, ya dejando arriba el 21.9 del año 90 –ya no es el año 80, donde estábamos encima de 33– fíjense lo que viene sucediendo en los últimos años, de un promedio de 4 en general desde el 2008 hasta el 2012,

el 2013, el primer año de arbitraje laboral colectivo, la tasa de afiliación crece a 6.2 %, pero si lo vemos estadísticamente es un 50. En mis hipótesis está que el arbitraje laboral colectivo es una de las causas que explica este pequeño repunte sindical.

(Hace referencia a otra lámina) Esta es la negociación colectiva, de nuevo desde los 80; del 85 acá esta es la negociación colectiva y quisiera evaluar si es que el arbitraje desincentiva o no la negociación colectiva, porque ese es un tema verdaderamente relevante. Resulta que si evaluamos los convenios colectivos iniciados y los convenios colectivos suscritos, la tendencia es creciente, en ambas variables la negociación colectiva ha empezado a crecer como creció la tasa de afiliación ; es una cosa casi mecánica, a más afiliación, más sindicatos y más negociación colectiva parece ser la indicación.

En arbitrajes, ese es el mapa desde el 93 (otra lámina). Ojo cuando decimos que se ha desincentivado la negociación por el arbitraje; estamos lejos de los arbitrajes de inicios de los 90, lejos, lejos; de más de 80 a los 36 que se han previsto al año 2013.

En la evolución de procedimientos arbitrales ya ahora sí, ciñéndonos a los años exactamente entre octubre de 2010 y setiembre de 2011, teniendo en cuenta que en setiembre de 2011 entra en vigencia el Decreto Supremo Nº 014, los tres periodos, 2010-2011, 2011-2012 y 2012-2013 muestran más o menos entre octubre y setiembre ese crecimiento, es cierto, el arbitraje ha crecido casi en un 300 % - 277 % para ser exacto). Pero, ¿qué ha pasado con los convenios colectivos? Porque podría darse el caso que el laudo esté sustituyendo al convenio. Allí están para los mismos periodos los diagramas correspondientes a los convenios colectivos (está refiriéndose a la lámina): el pedazo azul de la torta es el número de convenios y la variación ha sido realmente ínfima, estamos entre el 80 %, luego el 81 % y luego el 79 %.

El porcentaje de convenios suscritos no se ha reducido. ¿Saben qué se ha reducido? El número de convenios en conciliación y en extra proceso. Pero no se ha reducido porque se hayan saltado del trato directo directamente a arbitraje, sino porque transitando todos los caminos, no han conseguido un convenio colectivo. Y claro, el arbitraje está cambiando el modelo de Relaciones Colectivas en el Perú, porque el modelo que parece instaurarse en los 90 es el que deja el conflicto abierto, a falta de acuerdo, arbitraje o huelga, si no había arbitraje voluntario el conflicto quedaba abierto porque el sindicato no tenía mucha fuerza, si recordamos los datos que el propio Carlos Blancas dio en la ponencia anterior respecto del número de la caída de la tasa de afiliación y el número de sindicatos cancelados. Pues ese modelo está empezando a ser sustituido por el modelo en donde el

conflicto no queda abierto, sino que se resuelve, transitadas todas las etapas, por arbitraje. Este es un modelo que históricamente no nos debe llamar a sorpresa; hasta el año 92 la negociación colectiva era trato directo, conciliación y si no había acuerdo, resolución por la Autoridad Administrativa de Trabajo, ¿recuerdan?, eso era arbitraje público obligatorio; de allí hemos pasado al otro modelo, al del conflicto abierto, y ahora parece que estamos regresando no al modelo anterior de solución administrativa, pero sí a un modelo más cerrado que culmina con un laudo arbitral emitido por un tribunal independiente.

Pasaré ahora a ver qué dicen los datos de los 75 laudos que he estudiado. En primer lugar, de qué tratan esos laudos, a quiénes regularon, etc. etc. Si vemos, (otra lámina) de nuevo tomando el lapso 2011-2014, tenemos más o menos ese esquema: 38 laudos emitidos como arbitrajes voluntarios contra 30 potestativos; tenemos 6 incausados y 1 arbitraje obligatorio; esa es la composición general. En estos tres años no es mayor el número de arbitrajes potestativos en el Perú, porque parecería en los últimos años que todos son potestativos, pero son más los arbitrajes voluntarios, incluso si les sumamos los incausados, estaríamos en 36 contra 38. Primera constatación: el arbitraje colectivo en el Perú tiene un peso muy significativo de la voluntad de las partes, el potestativo no es el único arbitraje, inclusive en términos reales el voluntario es mayor.

Si lo vemos año por año, viéndolos entre voluntarios y potestativos, claro, en el año 2011 fundamentalmente están los arbitrajes voluntarios; en 2012 ya vamos que hay 20 voluntarios y 18 potestativos; en 2013 se invierte un poco y son más los potestativos que los voluntarios, 11 contra 7; y en 2014 aparecen los potestativos incausados que los he diferenciado porque creo que ameritan también un tratamiento separado: hay 3 voluntarios, hay un potestativo y hay hasta mayo 6 arbitrajes potestativos incausados, 3 en el Sector Público (los 3 de Sunarp), 3 en el Sector Privado (Edegel, Robrisa y Telefónica), esos son los 6 que hay hasta ahora. ¿Qué encuentro yo en esta lámina que me llama la atención? El arbitraje potestativo ha tenido su mejor año en el 2012; en el 2013 siendo mayor que el voluntario, ya eran 11 frente a 18 del 2012; y en el 2014 el potestativo causal empieza a reducirse a mínimos y su lugar está siendo ocupado por el arbitraje potestativo incausado.

Si vemos por causales de procedencia y por propuesta adoptada en los 75 laudos estudiados, ¿qué tenemos? Que los arbitrajes por mala fe son considerablemente numerosos, son 18 contra los de primera negociación que son 7, la distancia no es tan grande pero ahí está a la vista. Y en el caso del arbitraje por propuesta, hay 18 que acogen la propuesta de los trabajadores y hay 8 que acogen la propuesta de la empresa, tampoco es una cifra desdeñable.

Si vemos por causales de mala fe, la línea que tiene el mayor número es la línea, el cajón de sastre que tiene la norma, es decir, toda aquella conducta que no esté anteriormente tipificada y que tenga por finalidad obstaculizar o impedir la negociación; hay 8 y hay de los más variados, desde el empleador que puso la cámara y no le avisó al sindicato y los filmó y cuando se levantaron de la mesa les dijeron "ah, por si acaso te estuve grabando (…)"; desde los casos en los que no se dejó ingresar al asesor de los trabajadores a la negociación; o cuando se le dejó ingresar y se le puso en un cuarto diferente; o cuando dejándolo ingresar al mismo espacio de la negociación se le sentó en una esquina en una sillita que decía asesor (…); hay muchos casos en este rubro de 8 porque claro, las conductas son muy variadas.

Pero si tuviéramos que pensar en la principal causal es sin duda el incumplimiento del derecho de información, ya sea a la organización o al Ministerio de Trabajo; se ven 5 causales sobre información a los trabajadores y 4 al Ministerio de Trabajo, un tema muy importante porque la información no se daba y la única sanción era económica y esa sanción no era disuasiva; cuando uno monetariza el incumplimiento de un derecho fundamental, el sujeto que está en condiciones de pagar, pues paga; cuando se produce el arbitraje potestativo y tiene como causal este asunto, hemos visto un cambio de comportamiento significativo respecto del derecho de información que ahora tiene una tasa mucho mayor de cumplimiento.

Vayamos entonces a las conclusiones. La primera es que el arbitraje colectivo hasta el 2011 era fundamentalmente voluntario; era voluntario, era exiguo, era marginal, porque no determinaba nada en el sistema de relaciones laborales y estaba en el Sector Público fundamentalmente porque las restricciones presupuestales hacían que los funcionarios estuvieran impedidos de dar un aumento y entonces los tribunales arbitrales lo hacían.

En segundo lugar, en el contexto. El contexto anterior al Decreto Supremo Nº 011 era muy adverso y ha mejorado desde que tenemos esta posibilidad de cerrar el conflicto en un país con un movimiento sindical casi diminuto. De nuevo, insisto, ahora que ha crecido 50 %, está en 6 % de tasa de afiliación

En tercer lugar, el arbitraje potestativo causal casi triplica el número de arbitrajes, habían 13, ahora hay 36 arbitrajes según la data del Ministerio de Trabajo, que debo decir es una data un poco subvaluada porque no están todos los arbitrajes que deberían, en los 75 del estudio tengo más que los que el Ministerio de Trabajo tiene.

En cuarto lugar, desde la vigencia del arbitraje potestativo causal, el número de convenios no se ha reducido, sino ha llegado incluso a ampliarse, se ha reducido el número de acuerdos –como les decía– en extra proceso y en conciliación pero porque estas etapas se agotaron sin acuerdo. Este arbitraje potestativo causal además se ha transformado en un instrumento muy importante de fomento de la negociación colectiva, del cumplimiento del mandato constitucional del artículo 28 que dice que el Estado está obligado a fomentar la negociación colectiva y a promover las formas pacíficas de solución de los conflictos, mandato constitucional que ni siquiera debería requerirse, quien se acerca al mundo de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, sabe que hay garantías negativas y positivas y que las positivas dicen eso: obligaciones de garantía y de fomento, pero bueno, nuestra Constitución es absolutamente explícita y creo que bajo ese manto se ha aprobado esta regulación, y esta regulación ha demostrado que efectivamente la negociación colectiva y la sindicalización se han visto impulsadas.

Como siguiente conclusión, la afiliación sindical, ya lo dijimos, ha crecido y creo que la negociación se ha fortalecido no solo cuantitativamente, sino cualitativamente. La calidad de la negociación colectiva en el Perú ahora es mucho mejor que antes del 2011, porque se han eliminado una serie de prácticas de mala fe que la desnaturalizaban. En una relación asimétrica de poder, sin capacidad de controlar en muchos casos las prácticas que afectaban el Derecho, este se ha visto reducido a mínimos; ahora esto ha crecido mucho.

Iré terminando con mi conclusión general. El tiempo es tirano y hay que respetarlo. Yo creo realmente que las relaciones colectivas de trabajo peruanas, que funcionan todavía en un contexto laboral muy adverso, se han dinamizado y enriquecido con la llegada del arbitraje potestativo en sus dos versiones, en sus dos manifestaciones o expresiones: causal e incausado. No solo ha crecido la tasa de sindicación y el número de negociaciones, sino que estas se llevan a cabo en un contexto de mucha mayor calidad como consecuencia del respeto más acentuado del deber de negociar de buena fe. Este fortalecimiento de la tutela colectiva conduce, pues, a un mejor reparto de la riqueza y del poder en nuestra sociedad, por lo que contribuye efectivamente a hacer un Perú mucho más justo y democrático. Esa es la boca del cocodrilo de la que muchas veces no queremos escuchar hablar.

En el año noventa la relación de ingresos por capital y de trabajo tenían 22 puntos de diferencia. El año 2012 tiene 41.5 puntos de diferencia, o sea, la distribución de la riqueza en el Perú es muchísimo más injusta que en el año 90. El Perú es más rico por cierto, pero la distribución es mucho más injusta, ¿por qué? Porque

la negociación colectiva sigue alrededor del 5 %. El principal instrumento de distribución de la riqueza en cualquier país civilizado se llama negociación colectiva.

INICIO DE SEGUNDA RONDA

Dr. Martín Carrillo Calle

Sumamente motivadoras las expresiones compartidas por los colegas. Voy a tomar dos o tres temas muy puntuales, obviamente el efecto es polémico pero no por eso resta aprecio y consideración a los colegas que comparten otra posición.

Resulta a veces paradójico que quienes han coincidido con la acción popular contra el D.S. Nº 014 ahora se sumen a la lista de sus defensores. Resulta paradójico que quienes en muchos casos han sumado pronunciamientos en contra del Comité de Libertad Sindical o del Comité de Expertos ahora sean los primeros en citar. Pero vamos por partes. No solo hablemos de la OIT, sino más bien dejemos que la OIT diga lo que tiene que decir en referencia al Convenio 98.

Tres cosas muy puntuales. ¿Qué es lo que le pide el artículo 4 del Convenio 98 a los países que han suscrito esta norma internacional, como es el caso del Perú?: que se estimule y fomente el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria. ¿Cuándo deben darse las medidas de estímulo y fomento para ese propósito?: cuando las condiciones existentes en el mercado de trabajo adviertan en su necesidad por lo que no es una obligación exigible en todo tiempo y lugar. ¿Qué características deben tener las medidas de estímulo y fomento que exige el Convenio 98 a los países suscriptores?: deben ser medidas adecuadas a las condiciones nacionales por lo que no existe una receta única que derive de la norma internacional que deba ser seguida por los países obligados a su cumplimiento. Me eximo de hacer más detalles a las condiciones nacionales, la presentación del Dr. Villavicencio ha sumado muchas cosas.

Aquí se ha dicho y basta ingresar a un sitio web, ir a la base de datos que se llama Norlex que está en la página de la OIT y ahí están los pronunciamientos del Comité de Expertos en Convenios y Recomendaciones. Aquí se ha dicho categóricamente que la tesis del arbitraje potestativo y particularmente del incausado es contraria al Convenio 98 y sancionable o perseguida por la Comisión de Expertos. Vamos por puntos. Periodo 1994-2012 (base de datos, acceso abierto, en cualquier momento verificable) "El Comité de Expertos ha formulado observaciones al Perú sobre su cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 98 en trece

oportunidades, habiendo revisado en ocho de estas trece el cumplimiento del Perú sobre el Convenio 98, años 1995, 1999, 2000, 2001, 2004, 2006, 2010 y luego del DS 014, en el 2012. Ocho revisiones puntuales del Convenio 98, obligaciones peruanas; se ha revisado de manera expresa la compatibilidad de nuestra legislación laboral con lo dispuesto en el artículo 4 del referido Convenio y en ninguna de esas ocho revisiones se ha formulado observación alguna sobre el arbitraje potestativo existente en la Ley desde 1992 y ampliado en su Reglamento del 2011. Este tema ha sido revisado por el Comité de Expertos y no hay observación ni en el modelo de la Ley ni en el modelo del Reglamento.

El Comité de Libertad Sindical, cuidado, se citan los casos donde el Comité ha planteado una reserva del arbitraje obligatorio. No estamos hablando de arbitraje obligatorio, hay voluntario, hay obligatorio y hay potestativo, el que tiene mayores previsiones es el obligatorio, pero ahora estamos hablando del arbitraje potestativo y el Comité ha dicho –y hay que leer completas las referencias-: El Comité ha señalado que aquella legislación que imponga un arbitraje con efectos vinculantes por iniciativa de las autoridades *–que no es el caso–* o de una de las partes *–que podría ser el caso en el potestativo–* en sustitución de la huelga, cuando sustituya a la huelga, y aquí sabemos que el modelo es que los trabajadores escogen entre arbitraje y huelga, son ellos los que deciden, no se le impone el arbitraje, por lo tanto, entonces no hay pronunciamiento de expertos sobre el caso peruano, habiendo habido evaluación y las observaciones del Comité de Libertad Sindical, siendo principistas se refieren específicamente a supuestos de arbitraje obligatorio, que no es el caso, no confundamos, y puntualmente a la imposición, cuando esa imposición significa que los trabajadores no pueda ir a la huelga. Quien tenga interés revise el caso 1140, que es un caso de Colombia de noviembre de 1984 como posición del Comité de Libertad Sindical con esos elementos correspondientes.

Se ha señalado, entonces, tengamos presente, lo siguiente. El principio de negociación voluntaria, porque se ha dicho, claro, el Convenio 98 es negociación voluntaria y el Perú niega esa negociación, está en contra del Convenio 98. No es verdad. El principio de negociación voluntaria puede coexistir con determinadas obligaciones que hagan efectivo el derecho a negociar que tienen las partes y en especial los trabajadores. Para el Comité de Libertad Sindical lo dispuesto en el artículo 4 tantas veces mencionado, no significa que los gobiernos deban abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación directa, por el contrario, los gobiernos son llamados a desempeñar un papel fundamental en la creación de un entorno propicio para fomentar la negociación colectiva. Generar condiciones entonces para superar los elementos adversos acreditados en la presentación que ha hecho el Dr. Villavicencio.

Recordemos que para el Tribunal Constitucional el contenido constitucional del derecho a las negociación colectiva supone que el Estado puede efectuar acciones positivas que tutelen al trabajador atendiendo que en los hechos este no se encuentre 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. Este es un pronunciamiento del 2002, en el caso del Jockey Club del Perú. Pero en el caso Capeco del año 2003 ya se señalaba la intervención del Estado en acciones positivas en materia de negociación. Y en el caso Sunat del año 2013 ya citado, se vuelve a reiterar esa posición.

Acciones positivas ¿cómo cuáles? ¿son nuevas? No, están presentes, el arbitraje potestativo incausado es una acción positiva que se adopta en cumplimiento del artículo 282 de la Constitución y que resulta ser una –hay más en la misma Ley– 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 tantas veces citado.

¿Cuáles son las otras medidas que están en la Ley y que, por lo tanto, tendrían que ser excluidas porque no se condicen con el principio de negociación voluntaria en esta posición tan radical y purista?:

- la obligación de negociar y, por lo tanto, de recibir el pliego petitorio: está en la Ley
- el plazo que se impone para el inicio de la negociación directa: está en la Ley
- la obligación de negociar de buena fe para ambas partes y de proporcionar información tanto del sindicato como de la Autoridad Administrativa de trabajo: artículos 41, 54, 55, 56 y 57 de la Ley

Todos estos son condicionamientos y, por lo tanto, serían contrarios a esta lectura del principio de negociación voluntaria.

Esta mañana se ha hecho un justísimo homenaje a Mario Pasco y yo acabaré mi intervención citándolo, ¿en qué sentido' aquí se intenta oponer al arbitraje a la negociación directa, esa no es la dicotomía, cuando el arbitraje a lo que es alternativo es a la posibilidad de que la negociación colectiva se quede sin resolver, el conflicto irresuelto, que el conflicto se mantenga abierto de manera indefinida o a la opción de recurrir a la huela en caso los trabajadores opten por ella. ¿A qué escenario nos lleva la lectura extrema del principio de negociación voluntaria que se propone esta tarde? La respuesta a esta interrogante la doy citando a

Mario. Pasco dice "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 terminará imponiendo las reglas de juego". Contra esa imposición es que se puede y se sostiene y habrá que desarrollar modalidades de arbitraje potestativo encausado.

Dr. Ignacio Castro Otero

Creo que no es casualidad que el incremento de los laudos arbitrales se hayan dado justamente como consecuencia también de un incremento de la mayor sindicalización y de un aumento de la mayor existencia –a manera de registro, digamos– de sindicatos. Ciertamente no tengo los datos que tiene Alfredo, sin embargo, de mi experiencia profesional reafirmo el comentario que hice hace un momento en el sentido que el arbitraje potestativo es un desincentivo no de la negociación colectiva, sino de la negociación directa. Cuando estás en mesa tienes una doble función, convencer al sindicato de resolver en mesa las partes sus propios problemas, no habrá creo yo ninguna mejor solución que la que las partes adopten. Cuando uno se va a un arbitraje definitivamente las dos partes no van a estar contentas con el resultado, ni siquiera la parte que gana –la parte que gana en el sentido de que se escoge su propuesta final– porque con la facultad de atenuación que existe y se utiliza generalmente, ni siquiera la parte que presenta su propuesta termina siendo beneficiada, si queremos decirlo de esa manera, con la propuesta que hizo.

Es decir, creo que la solución por terceros no es la que debiera ser recomendada. Creo que se debería poner énfasis en la que las partes lleguen al acuerdo que ellas crean conveniente. Evidentemente estamos siempre hablando dentro de un contexto de buena fe; si hay actos de mala fe únicos o reiterados, evidentemente hoy existe una regulación para canalizarlos; estamos hablando de situaciones en las que se siente en la mesa una clara desventaja por la existencia de un arbitraje que no necesita ni siquiera estar motivado, ¿no? es como decía, un arbitraje especulativo; eso existe, se siente, los que estamos envueltos profesionalmente en el tema lo hemos notado.

Respecto del tema del marco normativo, ciertamente me reafirmo en mi opinión anterior. Creo que el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT debe interpretarse de acuerdo a lo que su letra dice *(comenta dirigiéndose a la mesa: ciertamente no he participado en alguna de esas asesorías que comentabas*) y creo que el arbitraje contenido en la Ley es uno voluntario, el arbitraje potestativo

ha sido establecido a raíz del Decreto Supremo Nº 014-2011 y creo que ese arbitraje potestativo es acorde con la posición de la OIT en el primer caso de primera negociación, la propia OIT admite situaciones excepcionales por las cuales eso puede ocurrir, esa es una de ellas. Personalmente creo que los actos de mala fe también porque hay un supuesto de bloqueo de negociación que también atentaría contra la negociación voluntaria, entiendo que Germán no es de la misma opinión, sin embargo tanto en el literal a) como en el literal b) del artículo 61 a caben situaciones excepcionales, autorizadas por la OIT y que serían compatibles con el Convenio 98.

Dra. Beatriz Alva Hart

Solo para precisar, importante la información proporcionada por el Dr. Villavicencio. Qué curioso que los arbitrajes voluntarios son en su mayoría del Sector Público y por la circunstancia señalada por Alfredo, porque el Sector Público no tiene otra forma de sacarle la vuelta al MEF con el tema de los aumentos, a pesar de que nos han cambiado el área presupuestal y simplemente los árbitros nos quieren lapidar, seguramente muchos de nosotros vamos a tener una serie de demandas por la nulidad de laudos, pero ¿dónde está la parte voluntaria del Sector Privado natural por el arbitraje? Ese es otro tema que también nos lleva a repensar que finalmente hemos llevado el tema de la solución del conflicto colectivo de la negociación colectiva a un arbitraje impuesto.

Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón

Después de estos comentarios me pregunto, ¿estamos haciendo un arbitraje de derecho o estamos haciendo un arbitraje económico?

La primera respuesta que se me ocurre decir, es que en la práctica, el arbitraje laboral se ha convertido en uno de derecho, desnaturalizando lo que es un arbitraje de conciencia.

No cabe estar discutiendo el derecho aplicable al caso. Los árbitros estamos llamados para escoger la propuesta final, aquella esté acorde a las necesidades y situación económica.

En buena cuenta no se necesita prácticamente ser abogado para ser árbitro; sin embargo, percibimos por esta discusión diferentes puntos de vista, haciendo alusión a pronunciamientos en los cuales no he participado, ni emitido opinión sobre la inconstitucionalidad o no del Decreto Supremo Nº 014. Más bien, en respeto de la legalidad lo he aplicado en numerosos casos, pero sí me preocupa que estemos desnaturalizando el verdadero arbitraje. El arbitraje es de propuesta final

y los árbitros estamos llamados a escoger la propuesta final que nos parezca más razonable.

Me preocupa también observar que pareciera que nos hemos quedado en una serie televisiva de los años ochenta, los "Thundercats" ..., ustedes los recordarán, porque en ella se decía una famosa frase, *"espada del augurio, quiero ver más allá de lo evidente"* ¿y qué es lo evidente? ... Lo que está en el Convenio 98 de la OIT. Ver otra interpretación distinta a través de una serie de argumentos es desnaturalizar el arbitraje de conciencia, el arbitraje económico, que es de propuesta final.

Entonces, si nos vamos a distraer en el control difuso, en lo que dice la jurisprudencia o en lo que dicen las opiniones de diversos autores, vamos a encontrar siempre discrepancias.

Lo que sí encontramos –y lo digo bajo mi punto de vista personal– es que ha habido en los últimos años un criterio errático en la aplicación del arbitraje de conciencia con diferentes interpretaciones sobre las cuales todos deberíamos sentirnos culpables porque lo que se trata de cerrar es precisamente un conflicto y no generar nuevos. Incluso se menciona como sustento del arbitraje incausado el evitar la huelga. Sobre el tema también me pregunto, ¿acaso la huelga no tiene como característica ser pacífica?

Otra interrogante que me hago sobre el particular es si pueden ejercitar el derecho de huelga aquellos sindicatos que no son mayoritarios ... La respuesta es negativa, por lo tanto, el argumento de evitar la huelga es artificioso, no debería ser un inconveniente ejercer el derecho de huelga si es un medio pacífico de solución, más aún cuando resultan trasnochadas aquellas teorías que señalan que la huelga es un conflicto social; lo que buscamos y queremos rescatar frente a todo esto es el diálogo de las partes.

Para concluir, quisiera señalar que la constitución y la ley fomentan la negociación colectiva, pero no dicen que debe fomentarse el arbitraje. Bajo dicha perspectiva, lo que hay que fomentar es el diálogo, no precisamente una solución impuesta y por eso me permito en este último minuto –aunque se me quedaron varios puntos en el tintero– presentar una propuesta: considero que las posiciones finales de las partes en la etapa del trato directo, o conciliación deberían constar en un acta y solo sobre esas posiciones finales deberían pronunciarse los árbitros con la finalidad de sincerar el diálogo de las partes.

No cabría, por tanto, cambiar las propuestas fijadas en dicha acta final y con eso nos evitaríamos estar recurriendo a interpretaciones de derecho sobre la

procedencia o no del arbitraje, dejándoles solamente a los árbitros decidir y laudar con base en un arbitraje de conciencia.

Dr. Alfredo Vllavicencio Ríos

Tenía catorce temas puntuales anotados pero voy a seguir el ejemplo de quienes me han precedido y presentaré tan solo una reflexión general, que incluso va mucho más allá de nuestro Derecho del Trabajo.

Creo que estamos en el Perú, en este siglo, muy tarde para lo que ha sucedido en otras naciones, comenzando a vivir lo que se llama el Estado Constitucional de Derecho. Estamos dejando atrás el Estado Legal de Derecho que nos ha regido durante tanto tiempo, donde el legislador hacía lo que quería, la Constitución era una declaración de principios sin eficacia real y, por lo tanto, las leyes eran el instrumento jurídico fundamental.

Desde que se tuvo que vivir la posguerra en la II Guerra Mundial y se encontró con que el criterio de mayoría-minoría era absolutamente insuficiente para manejar el Estado –Hitler tenía una mayoría abrumadora y, sin embargo, hizo lo que hizo– entonces renacieron una serie de teorías, el neo constitucionalismo particularmente, que dijeron no, no es un problema solo de mayorías, no es un problema cuantitativo, aquí, para empezar, hay que respetar los derechos fundamentales y en segundo lugar, el equilibrio de poderes y de fuerzas políticas y sociales y solo a partir de esto tendremos un Estado Constitucional que jurídicamente se tradujo en fuerza normativa de la Constitución, es decir, se aplica directamente y puede ser reclamada ante los jueces y debe ser preferida; y fuerza y eficacia horizontal no solo a las relaciones individuo-Estado, sino entre particulares, y es el Derecho del Trabajo el que funda la sentencia del Constitucional alemán para la eficacia horizontal como muchas otras veces en función de una cláusula que afectaba un derecho fundamental en un contrato de trabajo.

Este Estado Constitucional, además, transforma a la Constitución en una Constitución viva, una Constitución que se interpreta y enriquece permanentemente a partir de las decisiones del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales y, además, en una constitución dirigente, en una constitución que no es una foto en un estante, sino que es un norte, es un conjunto de valores y principios que marcan claramente cuál es el fin que se persigue con las normas jurídicas.

En ese terreno y con esa lógica queridos amigos, que es lo que ha pasado en el mundo hace 40 o 50 años y está pasando en el Perú desde la recuperación democrática, quiero enfocar las últimas palabras de esta intervención. Nosotros tenemos un principio en la Constitución que es el principio de autonomía colectiva

en sus tres manifestaciones: sindicación, negociación y huelga, que la Constitución ordena garantizar, promover y fomentar. Como si hiciera falta lo anuncia porque sabe cómo ha sido nuestro Estado. Ese principio tiene una finalidad fundamental que es servir de mecanismo de equilibrio de los poderes sociales en la redistribución de la riqueza y del poder. Esa es la finalidad. Ya no busquemos la solución en las normas, por Dios. El fin o el advenimiento del Estado Constitucional trae consigo la crisis de las tesis positivistas. En el año 1965, Dworkin pone en jaque al positivismo de Hart que había llegado pues a niveles estratosféricos con el caso Palmer, nieto que reclama la herencia del abuelo, con una sola peculiaridad: el nieto había matado al abuelo, y claro, en el ordenamiento jurídico estadounidense esa no era una causal para excluir al nieto de la herencia; y la Corte Suprema norteamericana –finales del siglo XIX– dice "esto no lo puedo resolver con las normas, lo tengo que resolver con los principios" y echa mano al principio de que nadie se puede enriquecer de su propio acto delictivo para decirle al nieto "ni un centavo del abuelo al que mataste".

Lo mismo, el Estado Constitucional trae un reverdecimiento clarísimo de los principios; imagínense ustedes que estuviéramos sin un mandato constitucional de jornada, que no tuviéramos una norma que dijera que la jornada es de 8 horas al día y 48 horas a la semana y que dijera que la jornada se puede pactar libremente entre el empleador y el trabajador ¿no será esa una norma inconstitucional? ¿no sería una norma inaceptable a la luz de los principios del Derecho del Trabajo? Por supuesto que sí.

Entonces mi reflexión final es: en el arbitraje tenemos que fijarnos en la función ¿y saben qué está cambiando? El papel que juega el Estado, aquel Estado que con su abstención no quiso intervenir en la relación fuerte contra débil porque el fuerte iba ganando y era el que le gustaba, ahora dice no, ahora voy a cambiar las reglas y lo que disgusta es que hay un cambio de poder, donde el Estado se ausentaba y se favorecía a la parte fuerte, el Estado dice no; ahora en esa negociación el sindicato tiene a su favor decir "si no me haces una propuesta razonable esto termina en arbitraje", ese cambio en la distribución del poder, del sindicato pequeño que tiene su primera negociación en este país de 5 % de afiliación sindical, ese cambio en las relaciones de poder es la clave para entender todo esto.

El profesor Palomeque nos enseñó que la negociación colectiva es un proceso político, es un proceso que se funda en una controversia y que da una solución normativa, claro, pero lo que nos enseñaron los ingleses es que la negociación colectiva es el uso diplomático del poder y el arbitraje contribuye sinceramente y sentidamente a cumplir ese fin de uso diplomático de poder.

PONENCIAS LIBRES

EL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ[1]

Trataremos el arbitraje en la negociación en el Sector Público a través de tres temas[2]: La procedencia constitucional, normativa internacional y jurisprudencial; luego los límites al arbitraje en la negociación colectiva en las leyes de presupuesto y en la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil y, finalmente, trataremos las posibles soluciones como la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos específicos de la Ley Servir, que vulneran la constitución, y la aplicación de la garantía constitucional del control difuso.

Como sabemos, el tema es de gran interés en la búsqueda de buenas relaciones laborales en el Sector Público, clave para el desarrollo del país. Aunque se presenta diferente al privado, porque en este campo entran en juego factores de interés público muy especiales. No obstante, la tendencia predominante es hacia un sistema de negociación colectiva similar a la aplicada en el Sector Privado.

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en economía y relaciones laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en seguridad social por la Universidad Alcalá de Henares de España, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, especialista laboral y previsional del Congreso de la República, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, autor de varios libros y artículos en temas relacionados con el trabajo y la seguridad social.

(2) Agradezco la colaboración de mi asistenta María Esperanza Polo Zapata.

I. PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE

1. La Constitucionalidad

La Constitución Política establece la jurisdicción arbitral en el inciso 1 del artículo 139, señalando que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

Dicho artículo determina que el Estado, en su conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento, pero no se reduce a que el Poder Judicial sea el único encargado de dicho poder. Por excepción, se reconoce al arbitraje como órgano jurisdiccional con garantías propias de todo órgano jurisdiccional(3).

Este origen constitucional de la vía arbitral ha quedado consagrado de manera concluyente por el Tribunal Constitucional: "Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho Privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses (…) tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales (…), sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía (...)"(4).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional también ha señalado que "se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia"(5).

(3) Así, el arbitraje es la forma de resolución de conflictos por el cual las partes deciden someter su controversia a la decisión de un tercero, sea Árbitro o Tribunal Arbitral, a quien envisten de competencia para tal fin. Es decir, consiste en trasladar la competencia resolutoria de las partes hacia afuera (heterocomposición).

(4) Fundamento 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006, recaída en el Exp. Nº 6167-2005-PHC/TC.

(5) Fundamento 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 6167-2005-HC/TC.

En el caso del arbitraje laboral, resulta ser la única alternativa pacífica al ejercicio del derecho de huelga, que de ser prohibido por la ley conduciría necesariamente a una solución contraria a los fines de su implantación. Entonces, el arbitraje laboral posee relevancia constitucional como jurisdicción excepcional, es decir, que no nos encontramos ante un instrumento meramente privado, sino que su trascendencia ha llevado a que la Norma Suprema le otorgue un reconocimiento como valor muy relevante del ordenamiento jurídico nacional y las mismas garantías asignadas a la jurisdicción ordinaria(6).

2. Los Convenios de la OIT

Los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT no solo consagran los derechos de organización sindical sino los de negociación colectiva de los servidores del Estado(7). Así, el Convenio 151(8) sobre las relaciones de trabajo en la administración pública en 1978, aborda las características singulares del sector público. Este convenio se aplica a todas las personas empleadas por las autoridades públicas(9). Los artículos 7 y 8 tratan de los aspectos fundamentales de la determinación de las condiciones del empleo y la solución de controversias respectivamente:

> "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 (art. 7)".

> "La solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la

(6) Véase PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. 4ª ed. especial, Nueva Época, 2011, pp. 127-142.

(7) La OIT ha promovido siempre una plataforma común de normas para los sectores público y privado (CASELE, G. y TENKORANG, J. *Relaciones de trabajo en el servicio público: Visión comparativa*. Documento núm. 17, Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo de la OIT, Ginebra, OIT, 2008, p. 2).

(8) El Perú ratificó este convenio el 27 de octubre de 1980.

(9) El Convenio 151 define el término "empleado público" como cualquier persona empleada por la administración pública. Solamente los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos, o los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial pueden ser excluidos de las garantías previstas en el Convenio. Véase OLNEY, S. y RUEDA, M. *Promoción de la negociación colectiva*. OIT, Ginebra, 2005, p. 14.

> negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados (art. 8)".

El Convenio 154, sobre la negociación colectiva de 1981 y su correspondiente Recomendación 163, amplió el concepto de negociación colectiva articulado por primera vez en el Convenio 98, sobre el derecho sindicación y de negociación colectiva en 1949, extendiéndolo al mismo tiempo a todas las ramas de actividad, es decir, tanto al Sector Privado como al público, a excepción de las fuerzas armadas y la policía. La Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical recomiendan que los Estados eviten excluir de la aplicación de los términos del Convenio 98 a categorías importantes de trabajadores de la Administración Pública por el simple hecho de que esos trabajadores están oficialmente en la misma situación que los funcionarios públicos que están al servicio de la administración del Estado(10).

Este convenio reconoce que la negociación colectiva en el seno de la Administración Pública puede abordarse de distinta forma que en otros sectores de la actividad económica(11). Específicamente sobre el arbitraje "Las disposiciones del presente Convenio no obstaculizarán el funcionamiento de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje (…)" (art. 6).

Por otro lado, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha reconocido hace años: "Todos los trabajadores de la Administración Pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva, y debería darse prioridad a la negociación como medio de solucionar los conflictos que puedan surgir de la determinación de las condiciones de empleo en la Administración Pública"(12).

En ese mismo sentido, "el Comité ha estimado útil recordar los términos del Convenio 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública de 1978, cuyo artículo 7 prevé que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas

(10) OIT: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed (revisada), Ginebra, 2006, párrafos 886 y 887.

(11) OLNEY, S. y RUEDA, M. *Convenio 154: Promoción de la negociación colectiva*. OIT, Ginebra, 2005, p. 14.

(12) La Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed. (revisada) 2006.

adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y la 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 medios que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones"[13].

3. Jurisprudencia

Como complemento a las normas señaladas, existen diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre el tema.

- **STC Exp. Nº 008-2005-PI/TC,** "Dicho Convenio[14] establece en su artículo 7 que 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 en torno a 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".

- **Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria,** recaída en la Apelación 000858-2008-Lima: **"**Quinto: (…) El primer agravio se refiere a que, el Laudo emitido infringiría la Ley Anual del Presupuesto; sin embargo, esta causal no resulta amparable en la medida que no se ubica en ninguna de las causales señaladas anteriormente; (que, además, desde el momento que la parte demandante aceptó someter a arbitraje la controversia presupuestal, por lo que, debe desestimarse este agravio). Sexto: (…) El Tribunal Arbitral al ordenar en su Laudo una serie de incrementos (…) se ha limitado a dar cumplimiento al artículo 65 de TUO de la LRCT (…) que además, al decidir del **laudo arbitral** sobre los beneficios laborales antes mencionados lo hace teniendo en cuenta el mandato constitucional que reconoce la obligación del Estado de fomentar la negociación colectiva y un laudo arbitral tiene efecto de negociación colectiva (…)".

(13) Ibídem, Véase Recopilación de 1996, párrafo 916.

(14) Convenio 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública.

- **Exp. Nº 03561-2009-PA/TC**, de fecha 10 de junio 2010, referido a la determinación del nivel de negociación ante la falta de acuerdo: "De suerte que, si conforme a la Constitución, el derecho a la huelga debe ser reconocido –y en esa medida, respetado y garantizado– (art. 28 de la Constitución), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales (art. 28.2 de la Constitución), entonces resulta claro que el arbitraje al que alude el artículo 61 es uno potestativo, y no voluntario. En segundo lugar, porque 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; solución que 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, lo que equivaldría a vaciar de contenido a este derecho fundamental. Finalmente, porque solo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63 del mismo decreto supremo, conforme al 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; precisión esta última que solo guarda coherencia si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 no requiere dicha aceptación".

- **Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente,** recaída en la Apelación Nº 2491-2011, de fecha 10 de noviembre de 2011: "Décimo: (…) 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 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 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"[15].

- **Exp. Nº 02566-2012-PA/TC**, fundamento 28: "Estima este Colegiado que todo incremento deberá estar previsto oportunamente en el presupuesto de la entidad al momento de la negociación, en defecto de lo cual, deberá estarlo en el presupuesto subsiguiente, a fin de no limitar irrazonablemente el principio de buena fe que debe presidir todo procedimiento de negociación colectiva".

II. LÍMITES AL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los impedimentos o límites al arbitraje en la negociación colectiva en el Sector Público nacen de la ley y no de la Constitución ni de los Convenios de la OIT ratificados por el Perú. Así, tenemos las leyes de presupuesto y la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil. Veamos.

1. Las leyes de presupuesto anual

Para el ejercicio fiscal 2014, la Ley Nº 30114, Ley de presupuesto (art. 6), prohíbe el incremento de remuneraciones a través de la negociación colectiva, así como de pactar el sometimiento a arbitraje. Lo más grave es que la Ley Nº 29951, Ley de presupuesto para el año 2013, en su quincuagésima octava disposición complementaria final dispone 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. Los árbitros que incumplan lo dispuesto en la presente disposición no podrán ser elegidos en procesos arbitrales de negociaciones colectivas en el sector público (…)".

Así, los trabajadores del Sector Público solo podrían negociar o arbitrar condiciones de trabajo, lo contrario significaría una violación de las normas presupuestales e implicaría responsabilidad para quien lo haga.

De esta manera, siendo las normas presupuestales de orden público, que específicamente prohíbe el incremento de remuneraciones, el acto jurídico por el

(15) Se confirmó la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Zona Registral IX contra el Laudo Arbitral de fecha 28 de noviembre de 2007, en el arbitraje relativo a la negociación colectiva entre la Zona Registral IX y la Comisión Negociadora de Trabajadores de la Zona Registral IX.

cual se somete al arbitraje la solución del conflicto es nulo, por lo cual se limita el libre ejercicio del proceso arbitral inhibiéndolo del conocimiento del mismo.

2. La Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil

Esta ley se orienta en el sentido de la competitividad, de la gestión por resultados, de una evaluación periódica y de una gestión de capacitación que permita dar continuidad a las políticas públicas.

Es menester tener en consideración la Opinión Técnica de la OIT, respecto al Proyecto de Ley Nº 1846/2012-PE que fue aprobado en el Congreso de la República y promulgado como Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil.

Se sugirió, que en el Título Preliminar, se mencione como obligación de la Administración, respetar las disposiciones de los Convenios de la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Perú, los Convenios 87, 98 y el 151, y de los convenios directamente vinculados que pudieran ratificarse en un futuro como el Convenio 135 y el 154, respecto a la protección de los servidores públicos contra los actos de discriminación antisindical y contra los actos de injerencia del empleador en las organizaciones sindicales y, las facilidades que deben otorgarse a los representantes sindicales para el ejercicio de sus funciones y en lo que concierne al derecho de negociación colectiva. Tal sugerencia no ha sido recogida, ya que el Título Preliminar de la Ley Nº 30057, consta de tres artículos, objeto de la Ley, finalidad y principios respectivamente.

Cabe resaltar, que la OIT observó negativamente que los funcionarios públicos, directivos públicos y servidores de confianza no se les reconozca, en modo alguno, lo que la ley entiende por derechos colectivos, incluso el de organizarse y el de afiliarse a los sindicatos de funcionarios. Ello no estaría acorde con el Convenio 87. Sin embargo, también este punto no ha sido tomado en cuenta en la Ley vigente, debido a que aún se conserva tal restricción en el artículo 40.

Específicamente sobre el tema de análisis, en la Ley Servir, encontramos cuatro artículos que lesionan el derecho de negociación colectiva:

- El artículo 31, inciso 2). Esta norma constriñe la libertad de negociación colectiva al prohibir que la compensación económica y sus componentes sean objeto de las reclamaciones colectivas de los trabajadores.

- El artículo 42 desconoce expresamente el derecho de reclamar compensaciones económicas; es decir, respecto de las remuneraciones.

Sin embargo, el centro de las reivindicaciones laborales es precisamente el conjunto de derechos remunerativos, como lo demuestran los acuerdos celebrados con los sindicatos de trabajadores del Sector Público, en tanto que el artículo 28 de la Constitución no restringe la negociación colectiva.

- El artículo 43, inciso e) limita las condiciones de trabajo a los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambientes de trabajo. Así, se restringe el concepto de condiciones de trabajo sin considerar lo económico que es inherente a toda relación laboral.

- El artículo 44, inciso b) que reconoce la posibilidad de negociar conceptos remunerativos; sin embargo, se le niega la validez jurídica contradiciendo el artículo 51 de la Constitución.

Estos artículos no cumplen con el artículo 7[16] del Convenio 151 ni el artículo 4 del Convenio 98, con la posibilidad de recurrir a otros métodos distintos de la negociación colectiva. Recordemos que "La Conferencia Internacional del Trabajo permite así ampliar los derechos reconocidos por el Convenio 98 a los empleados públicos, otorgándoles oficialmente el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de empleo, cuya negociación colectiva se menciona como una de las modalidades posibles"[17].

Según la OIT, "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 los salarios en el ámbito de aplicación de la negociación colectiva en la Administración Pública, pero otros en cambio, como Kiribati, la ex República Yugoslava de Macedonia y Mauricio, fueron felicitados recientemente por la Comisión por los progresos realizados a este respecto"[18].

(16) "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".

(17) Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de Convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B). Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2013.

(18) Ídem.

III. POSIBLES ALTERNATIVAS

1. Inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley Servir

Los artículos que lesionan el derecho de la negociación colectiva en la Ley Servir deben ser declarados inconstitucionales, puesto que vulneran los siguientes artículos de la Constitución:

1. Artículo 28, que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

2. Cuarta Disposición Final y Transitoria, que prescribe que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

3. Artículo 23, que señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales.

4. Artículo 43, que consagra el principio de separación de poderes.

5. Artículo 139, inciso 2, que dispone que ninguna autoridad puede interferir en el ejercicio de la función jurisdiccional, ni dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias.

6. Artículo 26, inciso 2, que consagra el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Carta Magna y la ley.

7. Artículo 2, inciso 2, que consagra el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley; y el artículo 26, inciso 1 que reconoce la igualdad de oportunidades sin discriminación.

8. Artículo 24, que señala que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa.

9. Artículo 23 de la Constitución que consagra los derechos de que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, y el fomento del empleo; y el artículo 1 de la Carta Magna, que garantiza la defensa de la persona humana como fin supremo del Estado.

2. Obligación del Estado de la solución de los conflictos

Dado el conflicto subyacente en toda relación de trabajo, el Estado ha diseñado un conjunto de instrumentos, entre los que está el propio Derecho del Trabajo en general y los medios alternativos de solución de conflictos específicos, para procesar y resolver las controversias laborales de manera pacífica y ofreciendo las alternativas que estimulen esta clase de solución.

Al respecto, el artículo 28 de la Constitución establece lo siguiente: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (…) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales".

De esta disposición se desprende con claridad que el Estado no puede mantener una actitud abstencionista en el campo de la solución de los conflictos laborales; por el contrario, debe trazar el camino por el cual debemos transitar; esto es, el de la creación y promoción de los mecanismos para resolver pacíficamente los conflictos laborales en general.

Por otro lado, cuando el proceso es un arbitraje convencional, es decir, uno donde las partes libre y voluntariamente han optado recurrir para dar solución a una controversia derivada de la negociación colectiva, corresponde destacar la relevancia del *Principio de Autonomía de la Voluntad* como fundamento de la jurisdicción arbitral.

Al respecto, nuestra Constitución reconoce el Principio de Autonomía de la Voluntad en el artículo 2, inciso 24, literal a), al precisar que "nadie está obligado a hacer lo que ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Conforme lo resalta la doctrina, el Principio de Autonomía de la Voluntad "(…) alude a la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones, de conformidad con su libre albedrío"[(19)]. Esta libertad, que inspira la teoría contractualista sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, fue la primera teoría que sustentó la importancia del arbitraje, remarcando que el efecto vinculante del laudo tiene como fundamento el principio de *pacta sunt servanda.*

El ordenamiento infraconstitucional también reconoce el principio de libertad como fundamento del arbitraje, así lo dispone el artículo 13 del Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, al definir el convenio arbitral como: "(…) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje

(19) LANDA ARROYO, César. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Compilación de Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje. p. 108.

todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. Igualmente, y concretamente para el ámbito laboral, el TUO de la LRCT ha establecido en su artículo 61 que si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje".

3. Garantía del control difuso

No existiendo cuestionamiento de la especial naturaleza del arbitraje como una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, se debe reconocer también la garantía del ejercicio del control difuso ante la presencia de una norma que resulte incompatible con la Constitución y los derechos reconocidos en ella.

En este sentido se ha pronunciado de manera concluyente el Pleno del Tribunal Constitucional al señalar lo siguiente: "Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente (…), y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución pueda también ser ejercido por los árbitro en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdiccional ordinaria o constitucional"[20].

Como consecuencia de ello, acto seguido, el Tribunal dispone que "de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera"[21].

Estando reconocida la garantía del control difuso de constitucionalidad, se establece, con carácter de precedente de observancia obligatoria, la siguiente regla: "El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además,

(20) STC Exp. Nº 00142-2011-PA/TC, f. j. 24.

(21) STC Exp. Nº 00142-2011-PA/TC, f. j. 25.

se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes"[22].

A manera de ejemplo, podemos señalar el Laudo arbitral del 15 de diciembre de 2011, en los seguidos entre el Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral IX - Sede Lima y la Zona Registral IX - Sede Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en cuyos considerandos 57, 58 y 59, refiriéndose al artículo 6 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2012, Ley Nº 29626, se establece lo siguiente:

> "57. A juicio de este Tribunal Arbitral, la disposición transcrita pretende limitar las decisiones que se adopten en los arbitrajes de materia laboral, dentro de los cuales se encontraría incluido el arbitraje desarrollado dentro del procedimiento de negociación colectiva, pues es en este procedimiento en donde principalmente se negocia el otorgamiento de incrementos remunerativos".
>
> "58. No obstante lo anterior, y de acuerdo a lo señalado precedentemente, consideramos que dicha limitación es contraria a lo establecido a nuestra Constitución. Específicamente, cabe señalar en primer lugar que, la referida disposición representa una clara interferencia del poder jurisdiccional del árbitro reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, pues como ya ha quedado dicho, ninguna autoridad tiene la facultad de intromisión en el ejercicio de las funciones otorgadas a los árbitros o tribunales arbitrales por la Constitución. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral considera que la norma transcrita es además, contraria al derecho de negociación colectiva consagrado en el inciso 2 del artículo 28 del texto constitucional, pues advertimos que dicha disposición afecta el contenido esencial del referido derecho y, por tanto, su aplicación negaría el ejercicio de mismo a los trabajadores de la Sunarp".
>
> "59. En este sentido, en virtud de lo establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución, **este Tribunal Arbitral determina la inaplicación al presente caso del artículo 6 de la Ley Nº 29626, por ser contrario al inciso 2 del artículo 28 y al inciso 2 del artículo 139 del texto Constitucional"**.

(22) STC Exp. Nº 00142-2011-PA/TC, fundamento 26 en concordancia con el acápite 2 de la Parte Resolutiva de la referida sentencia.

Por otro lado, existen innumerables pronunciamientos, tanto del Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, vale la pena traer a colación dos pronunciamientos: el primero de ellos por estar referido a un caso peruano y el segundo por ser un reciente documento de la OIT.

En el primer caso, resolviendo la queja presentada contra el gobierno peruano en el caso 2690, el Comité de Libertad Sindical sostiene:

> "946. En estas condiciones, al tiempo que observa que, según lo informado por la organización querellante y que confirma el Gobierno y la Sunat invocando razones presupuestarias, los representantes de la Sunat solo se niegan a negociar condiciones de trabajo de carácter económico con incidencia presupuestaria, pero no otras condiciones de empleo, **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 y pide al Gobierno que promueva mecanismos idóneos para que las partes puedan concluir un convenio colectivo en un futuro próximo**. El Comité pide al Gobierno que le mantenga informado al respecto".

De otra parte, en el Estudio General del 2012 de la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, 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, se afirma de manera contundente que: "En lo relativo a los salarios de la administración pública, la Comisión considera que los funcionarios que no estén empleados en la administración del Estado deberían poder negociar colectivamente sus condiciones salariales y que una mera consulta con los sindicatos interesados no basta para satisfacer las prescripciones del convenio al respecto".

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El arbitraje en la negociación colectiva en el Sector Público tiene rango constitucional originario y derivado de las normas internacionales, asimismo, su contenido esencial incluye el aspecto salarial.

Por ello, interesa destacar la importancia del arbitraje en la negociación colectiva como uno de los procedimientos de solución de los conflictos en las relaciones de trabajo en la Administración Pública. Recordemos que el Sector Público, en nuestro país, representa una proporción significativa del empleo.

EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

HUGO CARRASCO

I. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión intenta precisar la validez de un argumento que suele esgrimirse para cuestionar la función promotora de la libertad sindical que le corresponde al Estado y cuyo fundamento estaría en que, con este propósito, se legitimaría una afectación irregular de la libertad de empresa de la parte empleadora(1).

En ese sentido, el objetivo de este análisis es conceptualizar adecuadamente la denominada libertad de empresa; así como la libertad sindical; tratando de establecer sus contenidos mínimos y límites; así como los términos en los que estos deben articularse.

La hipótesis de la cual partimos en esta investigación y que intentamos ratificar con su desarrollo es que cuando confrontamos a la libertad de empresa con la libertad sindical, en realidad nos encontramos ante dos derechos de naturaleza diversa y, como consecuencia de ello, con diferentes grados de imperatividad; aun cuando ambos se encuentren recogidos en el texto constitucional.

(1) Ciertamente, este no es único argumento y quizás ni siquiera el principal; pero creemos importante explorar este por qué plantea la relación en la cual debe concebirse estos dos derechos de base constitucional.

De esta manera, la libertad sindical en tanto derecho fundamental constituye un valor superior que funda, conjuntamente con los demás derechos fundamentales, el sistema jurídico y que como tal sirve de parámetro de verificación del "validez" del ejercicio de los demás derechos. Ciertamente que al referirnos al concepto de validez estamos recogiendo la noción sustantiva de la legitimidad del sistema jurídico, en tanto alude a la subordinación de la legislación a los valores sustantivos que, expresados en los derechos fundamentales, forman parte del contenido dogmático del orden constitucional.

Por esta razón, a efectos del presente trabajo hemos tratado de privilegiar un análisis funcional de los derechos antes señalados con el objeto de explicitar la función económica social que estos cumplen en el marco del Estado social de derecho consagrado por nuestra constitución.

Así la piedra angular de nuestra reflexión será el modelo social y económico asumido por nuestra norma constitucional; el que además debe ser interpretado a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia constitucional y el pronunciamiento de los órganos de control sobre la materia.

II. LA NATURALEZA INSTRUMENTAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL FUNDAMENTO DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Partimos de reconocer que a pesar de su reconocimiento constitucional, para nada es pacífica la conceptualización de la libertad de empresa como un derecho fundamental(2); si entendemos a este como aquel que se deriva de la dignidad intrínseca de la persona; razón por la cual adquiere el máximo grado de "imperatividad" y garantía en un determinado sistema jurídico; el mismo que solo se limita a reconocerlos; toda vez que le son preexistentes; a tal punto que por constituir valores fundante del sistema (contenido axiológico) son oponibles incluso a la existencia del propio Estado.

Por el contrario, se ha entendido más bien que la libertad de empresa (y su frecuente consagración constitucional) en realidad constituye el establecimiento

(2) También denominados derechos humanos o derechos del hombre; sin embargo, discrepamos, como lo desarrollamos más adelante, de una identificación plena de estos con los derechos constitucionales. Al respecto recomendamos revisar: CARPIZO, Jorge. "Los derechos humanos, naturaleza, denominación y características". En: *Cuestiones Constitucionales*. Nº 11, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Mexico, 211.

de un instrumento para el ejercicio de verdaderos derechos fundamentales, como son el de la libre iniciativa (art. 2, inc. 17 de la Constitución), el libre desarrollo de la personalidad (art. 2, inc. 1 de la Constitución) o, incluso, el derecho al trabajo 8artículo 22 de la Constitución).

Por esta razón, su reconocimiento constitucional derivaría de su carácter instrumental, conexo, respecto a derechos de naturaleza fundamental a cuya realización obedecería este especial reconocimiento del sistema jurídico.

En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que "(…) En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador (...) Por consiguiente, **es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental** (…)" (f. j. 18 de la sentencia SU-157/99; el resaltado es nuestro).

A este respecto, debemos de señalar, siguiendo a Ferrajoli[3], que los derechos fundamentales encarnan valores (libertad, dignidad, etc.) que constituyen parámetros de valides sustantiva que permite verificar la coherencia de la actuación estatal (normativa y administrativa) con el orden constitucional. En tal sentido, tales derechos constituirían el contenido axiológico irreductible que, a título de contenido dogmático permiten una articulación armónica de los demás derechos e instituciones de un sistema constitucional.

La adecuada consideración de esta función de los derechos fundamentales permitirá evidenciar en qué medida los derechos en cuestión, libertad de empresa y libertad sindical, pueden considerarse en una relación de coordinación o subordinación en el marco de nuestro modelo constitucional peruano. En ese sentido, la parte dogmática (es decir, los derechos fundamentales contenidos en esta) funge como línea de interpretación funcional (teleológica) de toda la constitución, en tanto ordenamiento racionalmente estructurada para hacer posible y garantizar la vigencia plena de tales derechos.

De esta manera, cuando se presenta un supuesto de concurrencia conflictiva de dos derechos fundamentales, siguiendo el principio de interdependencia de los derechos fundamentales, el ordenamiento deberá procurar la convivencia

(3) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La Ley del Más Débil*. 4ª ed., Madrid, 2004.

simultánea de ambos (en una relación de coordinación); recurriendo para este propósito a herramientas como el test de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, cuando la concurrencia aparentemente "conflictiva" se presenta entre un derecho fundamental y uno que no ostente esta calidad (al margen que sea o no contenido en la Constitución), el primero necesariamente configurará el contenido del segundo (en una relación de subordinación) a título de límite que hace posible (a riesgo de ser expulsado del sistema en caso que dicha subsunción no sea posible) la vigencia funcional de este último.

Al respecto, Fernández Sarasola señala que: "La parte dogmática de la constitución incide básicamente en los fines que pueden escogerse a través de la función de gobierno, estableciendo limitaciones negativas (exclusión de fines) o positivas (imposición de fines)"(4).

Por lo expuesto, en la medida que asumamos que la libertad de empresa no es un derecho fundamental y, por lo tanto, no constituye parte del contenido axiológico de un sistema jurídico; no podría ser alegado con criterio de validez sustantiva de la actuación estatal (o social, ciertamente) e, incluso de la producción normativa.

Antes bien, y ello no es poca cosa, la libertad de empresa constituye en estricto una categoría instrumental de relevancia constitucional (precisamente por estar al servicio de los derechos fundamentales) cuya configuración legal y ejercicio se encontrará siempre sujeta al contenido axiológico expresado en tales derechos fundamentales.

Por esta razón el enfrentar la libertad de empresa con el derecho de libertad sindical no queda sino supeditar el contenido de aquel a los parámetros de los verdaderos derechos fundamentales; dentro de los cuales debemos comprender a la libertad sindical.

III. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Al respecto se ha señalado que la libertad de empresa tiene, por un lado, una dimensión subjetiva en tanto facultad "invocable y exigible" por toda persona, natural o jurídica que se encuentra reconocido por el ordenamiento positivo;

(4) FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*. Oviedo, 2002.

y, por otro, una dimensión objetiva, en tanto norma del ordenamiento estructural del estado y de la vida social y económica de la nación.

1. La dimensión subjetiva

En lo que se refiere a la dimensión subjetiva de la libertad de empresa debemos señalar, siguiendo el pronunciamiento antes citado de la Corte Constitucional colombiana, que estamos frente a lo que es reconocido como un derecho conexo; en tanto instrumento que hace posible (faculta) que una persona haga ejercicio de un derecho fundamental y cuya vulneración (de aquel) afecta severamente el acceso a este derecho fundamental; siendo en consecuencia, este el fundamento de su reconocimiento constitucional y de su protección especial.

Efectivamente, bajo esta perspectiva, la libertad de empresa constituiría la facultad instrumental reconocida por el ordenamiento con el fin de hacer posible el ejercicio de un derecho fundamental. En palabras de Ferrajoli se trataría de una "garantía primaria" (fuente de obligaciones y prohibiciones para el Estado y para la sociedad General) que hacen posible la satisfacción del interés (valor) consagrado en los derechos fundamentales a los cuales instrumentaliza (libre iniciativa, derecho al desenvolvimiento personal, etc.)[5].

En ese sentido, se ha entendido el criterio de conexidad en la aplicación de los derechos constitucionales como la extensión de las garantías y protección otorgada a los derechos fundamentales a otro tipo de derechos que, en principio no ostentan el carácter de fundamental pero que se hallan íntimamente ligado a estos; de una manera tal que si no se protege a aquel, se pone en serio peligro a este

Como consecuencia de ello, señala Luis Fernando Sabogal Berna[6], respecto a estos derechos conexos:

a) Solo se podrá ejercitar la acción de tutela para procurar su defensa cuando su violación sea conexa con la de otro derecho que sí tenga la connotación de fundamental.

b) Toda vez que entre en conflicto con un principio o derecho fundamental el primero deberá ceder ante los segundos.

(5) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del Más* ... Ob. cit.

(6) SABOGAL BERNA, Luis Fernando. "Nociones generales de la libertad de empresa en colombia". En: *Revist@ e-Mercatoria*. Vol. 4, Número 1, 2005, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362>.

Respecto al contenido subjetivo de la libertad de empresa, se ha señalado que este consiste en la facultad que tiene toda persona (natural o jurídica) de participar en la vida económica de un país mediante la producción y comercialización de bienes y servicios, a través de la organización del capital y el trabajo.

En ese sentido, desde esta perspectiva subjetiva, podemos precisar que en realidad la libertad de empresa es una expresión instrumentalizada de la libertad de iniciativa y desenvolvimiento personal (derechos que sí han sido considerados como fundamentales) a los cuales sirve como vehículos de desenvolvimiento.

Así la Corte Constitucional colombiana ha señalado que "(…) La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y **servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada**. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional (Sentencia Nº C-616/01).

Así, forman parte de esta dimensión subjetivo del derecho bajo análisis las facultades de fundación de una empresa, acceso al mercado; además de la dirección y disolución de una empresa.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. Nº 03075-2011-PA/TC "(…) Que este Colegiado en reiterados pronunciamientos ha sostenido lo siguiente en materia del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria (…) cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por lo tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. (…) En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa (…)".

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que "cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por lo tanto, para actuar en el mercado

(libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado (...) En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (STC Exp. Nº 01405-2010-PA/TC, entre otras).

Del contenido antes señalado, queremos referirnos a la libertad de dirección de la empresa; como facultad para organizar y desarrollar la empresa de acuerdo con los intereses y convicciones del titular y que implica la planificación económica, la libertad de contratación (entre ellas la contratación laboral), la libertad de producción, y la libertad de inversión, entre otros.

Es pues, este contenido de la libertad de empresa que frecuentemente entrará en interrelación con otros derechos, a menudo fundamentales, que demanda del sistema soluciones acordes con la naturaleza de los intereses contrapuestos, reflejados en los derechos en juego.

Así se ha señalado que "(...) Otro aspecto de la libertad de dirección de la empresa es aquel referido al tema laboral, en que el empresario va encontrar limitada su libertad de elección y sobre todo de contratación de capital humano por las normas de orden público de carácter laboral, mandatos legales que son prevalentemente proteccionistas del trabajador, lo cual es consecuencia necesaria de los modernos estados sociales de Derecho (...)"[7].

2. El contenido objetivo de la libertad de empresa

Respecto a la dimensión objetiva de la libertad de empresa, esta debe entenderse como límite y orientación de la actuación estatal (fundamentalmente legislativa y administrativa) y de la sociedad en general; en tanto vinculados a la vigencia plena de los derechos fundamentales.

En nuestra opinión la libertad de empresa cumple esta función de manera indirecta, toda vez que en realidad, este solo puede derivarse de los derechos fundamentales a los cuales se encuentra conexa.

(7) SABOGAL BERNA, Luis Fernando. *Nociones Generales* ... Ob. cit.

La libertad de empresa opera así como norma de encuadramiento del desarrollo de la actividad económica, en dos direcciones: Por un lado, restringiendo las injerencias arbitrarias que afectan su ejercicio (sobre todo estatales) y, por otro, sujetando su desenvolvimiento a los derechos fundamentales de las demás personas y a la consecución de los fines de la sociedad en general. En tal consideración, la libertad de empresa constituye un componente fundamental de la noción de constitución económica desarrollada por la doctrina alemana.

Por esta razón, en muchas constituciones (de hecho en la nuestra) la libertad de empresa no se encuentra ubicada en la parte dogmática que contiene el catálogo de derechos; sino más bien en la parte estructural referida al régimen económico (como es el caso del artículo 58 de la Constitución peruana, 170 de la Constitución brasileña y 333 de la Constitución colombiana).

Cabe señalar que lo expresado hasta ahora respecto a la naturaleza y contenido de la libertad de empresa, trasciende la mera especulación académica y se erige como verdadero criterio hermenéutico para situar en su debido contexto los supuestos de colisión con un derecho fundamental en sentido estricto (como puede ser el caso de la libertad sindical.

IV. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El derecho de libertad de empresa, como cualquier otro derecho no es absoluto y, por el contrario, se encuentra sujeto tanto a límites internos como a límites externos que modulan su ejercicio.

En lo que se refiere a los límites internos podemos señalar que estos derivan del propio contenido del Derecho y determinan la funcionalidad de su ejercicio con el contexto general en el que se despliegan; de esta manera se afirma que el ejercicio de este derecho no puede afectar a la moral, la seguridad y la salud de las personas; nótese que frecuentemente, estas son limitaciones señaladas de manera expresa por el propio legislador constitucional; al momento mismo de reconocer la libertad de empresa.

En el sistema peruano, este límite se encuentra establecido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú; el cual señala que: “El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

Junto a ellos, podemos constatar la existencia de otro tipo de límites que más bien se derivan de su interrelación con el derecho de terceros y que demandan

una aplicación armónica de estos; considerando, ciertamente, la naturaleza y la jerarquía normativa de los mismos.

En ese sentido se reconoce que un límite externo de la libertad de empresa está determinado por el modelo constitucional económico (o constitución económica); el mismo que comporta valores y bienes reconocidos por la Constitución y que encausan (limitan) en ejercicio de la libertad de empresa. Sobre el particular, Manuel García Pelayo ha conceptualizado a la "Constitución Económica" como el conjunto de "normas básicas destinadas a proporcionar el marco fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica"(8).

De esta manera, debe entenderse que la Constitución Económica, en tanto pacto social que legitima la organización y actuación del Estado y la sociedad civil (y la articulación de estas), establece las normas mínimas que garantizarán que el libre desarrollo de la actividad económica resulte compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales del resto de la ciudadanía que representan el interés general.

Así, la libertad de empresa debe ser entendida como el instrumento mediante el cual una persona desarrolla actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio de tal manera que no afecte negativamente, la función social de la empresa y el interés general que se traduce en el modelo constitucional económico.

De esta manera, el modelo constitucional económico determina el cauce obligatorio dentro del cual ha de transitar "libremente" la libertad de empresa y que permitirá armonizar el interés privado con el público; propósito al cual suele identificarse como la función social de la empresa.

No de otra manera puede entenderse el artículo 58 de la Constitución vigente; cuando sanciona "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (…)"; consagrando de esta manera un modelo económico particular "economía social de mercado"; como elemento orientador de la actividad económica nacional.

El otro límite externo que condiciona el ejercicio de la libertad de empresa se deriva de su especial naturaleza conexa (no fundamental); en virtud de lo cual, como ya se ha señalado, debe ceder ante un supuesto de colisión con derechos fundamentales.

(8) GARCÍA, Manuel. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza, 1979.

De esta manera, partiendo de la constatación de su carácter instrumental para el ejercicio de derechos fundamentales, la libertad de empresa admite como límite el acceso o ejercicio de derechos fundamentales de las personas.

En tal sentido, resulta bastante claro lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana cuando señala que "(…) Por ello, es viable señalar que la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a este, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas (…)" (f. j. 4.4 de la sentencia N T-434/11, emitida por la Corte Constitucional colombiana).

V. EL MODELO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Es de apreciarse que la economía social de mercado consagrado por el artículo 58 de nuestra Constitución y cuyos orígenes se remontan a la Doctrina Social de la Iglesia y a la Ley Fundamental de Alemania de 1949; constituye el componente económico del Estado social que, superando las contradicciones entre el liberalismo clásico y los modelos de planificación centralizada, pretende articular la iniciativa privada con el bienestar general, demandando para ello una acción directa estatal en la economía (normalmente de carácter prestacional y de regulación).

De esta manera, bajo esta perspectiva, la libertad y la iniciativa económica individual como objetivo y valor y a cuyo propósito se encuentra encaminada la libertad de empresa; necesariamente debería estar equilibrada por la consagración de otros valores contenidos en los derechos fundamentales de las demás personas.

En ese sentido, Francisco Resico señala: "(...) La Economía Social de Mercado se basa en la organización de mercados como mejor sistema de asignación de recursos, y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y Equitativa (...)"[9]. Por ello, en virtud de

(9) RESICO, Marcelo F. *La economía social de mercado. Una opción de organización económica para Latinoamérica*. Versión reformada y corregida de la conferencia sobre la Economía Social de Mercado y la DSI dictada en la UCA en junio de 2008 y disponible en <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo12/

esta perspectiva económica, el desarrollo de la economía se encuentra indisolublemente orientado a la vigencia y plenitud de un conjunto de valores reconocidos como fundamentos axiológicos del sistema y expresión del pacto social que los sustenta; lo cuales, hemos dicho en la primera parte de este trabajo, se encuentran expresados en los derechos fundamentales recogidos en la parte dogmática de la Constitución.

En esa línea ha señalado el Tribunal Constitucional peruano que "(...) La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado (...)" (f. j. 16 de la STC Exp. Nº 0008-2003-Al).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 –libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras–, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de Derecho (art. 43 de la Constitución) y la economía social de mercado (art. 58 de la Constitución)" (f. j. 12 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 01405-2010-PA/TC).

VI. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, SU VINCULACIÓN CON LA LIBERTAD SINDICAL

Tal como ha sido reconocido por el propio Tribunal en la sentencia antes citada, la vigencia de la economía social de mercado como modelo económico constitucional presupone la existencia de factores sociales, políticos y jurídicos. Es decir, no será posible la subsistencia de una economía social de mercado (en

files/La_Escuela_Social_de_Mercado-_una_opcion_de_organizacion_economica_para_Latinoamerica.pdf>.

realidad, ni siquiera de un mercado) sin la integración democrática de los diversos sectores de la sociedad y de esta con el Estado.

En tal sentido, señala el TC que: "Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial" (f. j. 13, b). A continuación precisa que "El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado".

De esta manera, podemos concluir que la economía social de mercado tiene como presupuesto un Estado social y democrático de derecho (consagrado por el artículo 3 de la Constitución) fundado en valores participativos y orientados a alcanzar el bienestar social general.

Al respecto, es de señalarse que la libertad sindical forma parte del modelo de un Estado social y democrático y, en tal sentido, constituye un límite de la libertad de empresa. Efectivamente, tanto la doctrina como diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen que la libertad sindical constituye un componente fundamental del sistema democrático; razón por la cual debe actuar como criterio de orientación de la libertad de empresa.

La consideración de la libertad sindical como contenido del sistema democrático y, por lo tanto, orientación de una economía social de mercado se deriva de las dos funciones principales reconocidas a esta por la doctrina[10]. La función equilibradora y la función de articulación.

Al respecto, debemos partir reconociendo el desequilibrio de poder que, intrínsecamente, caracteriza a la relación que vincula al trabajador, actuando individualmente, con su empleador. En primer lugar, esta asimetría de poder resulta contraria al principio de igualdad que implica la democracia (sobre todo en su dimensión sustantiva) y propicia la unilateral imposición de "acuerdos" que ponen en cuestión la legitimidad del orden institucional en el que se sustenta. Por lo expuesto, el reconocimiento (y promoción) del derecho de los trabajadores de actuar articuladamente frente a su empleador reafirma la condición de ciudadanía (con iguales derechos y deberes) de trabajadores y empleadores y, por lo tanto, hace posible la vigencia del orden democrático.

Pero, a su vez la libertad sindical y su expresión específica en la negociación colectiva hace posible la pacífica articulación de los intereses de dos sectores

(10) Al respecto ver VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI*. Disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2006n03_revistaDeTrabajo/2006n03_a07_aRios.pdf>.

sociales que se encuentran a cada lado del conflicto capital-trabajo; siendo este el sustento de una sociedad pluralista consustancial a un modelo democrático

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado, en el fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el expediente Nº 008-2005-PI, que:

> "(...) Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.
>
> Enrique Álvarez Conde [*Curso de Derecho Constitucional VI*. Tecnos, Madrid, 1999, p. 457] señala que "(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política".

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son "(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática".

Por esta razón se ha afirmado que la principal función económica social que cumple la libertad sindical es el de garantizar el equilibrio entre trabajadores y empleadores a fin de posibilitar una adecuada y eficiente articulación entre los intereses de estos.

En esa misma línea de reflexión Villavicencio Ríos ha señalado que: "(...) el Derecho del Trabajo, en sus vertientes estatal o negociada colectivamente, ha venido siendo el instrumento de equilibrio social por excelencia. Aquella piedra angular del gran pacto social que sustenta al Estado Social de Derecho, que postula el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción y de la libertad de empresa, a cambio de que se ejercieran dentro de los límites impuestos por la imprescindible tutela de los intereses de los trabajadores, que requerían esta protección estatal para superar la desigualdad originaria planteada en términos económicos (...)"[11].

(11) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010.

Pero a su vez, la libertad sindical actúa como límite de la liberta de empresa en la medida que, en este caso sí nos encontramos frente a un derecho fundamental que justifican la valoración jurídica especial de un derecho conexo, como es el caso de la libertad de empresa.

Efectivamente, la libertad sindical constituye una expresión específica, en el ámbito laboral, de la libertad de asociación, y como tal se encuentra recogido en el artículo 28 de la Constitución vigente, precisamente dentro del Capítulo II "De los Derechos Sociales y Económicos. El referido artículo señala que: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático"; precisando, además, en su inciso 1 la obligación estatal de garantizar la libertad sindical.

Como puede apreciarse, la norma constitucional citada se limita a reconocer (es decir, no crea) este derecho; toda vez que, en su calidad de derecho fundamental, se deriva de la propia condición humana; atributo propio de los derechos fundamentales.

Otro aspecto que resulta interesante resaltar con relación al reconocimiento constitucional de este derecho, es la sujeción de su ejercicio a los parámetros de un determinado modelo político; esto es, existe una obligación estatal de garantizar ("cautelar") que el despliegue de esta actividad sindical se ajuste a los postulados de la democracia; siendo por ende consustancial al modelo de Estado social y democrático y de una economía social de mercado.

Finalmente, no está demás señalar que la naturaleza de derecho fundamental de la libertad sindical y de la negociación colectiva se deriva, además de su vinculación con la realización plena de la persona humana, de su reconocimiento en la mayoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos como es el caso de la propia Constitución de la OIT; el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos; los convenios 87 y 98 de la OIT, entre otros; habiendo además sido incluida en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo decente

VII. EL DEBER DE PROMOCIÓN ESTATAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Habiendo reconocido la naturaleza de derecho fundamental de la libertad sindical (distinto al carácter instrumental o conexo de la libertad de empresa) debemos llamar la atención respecto al rol que le corresponde al Estado para asegurar y garantizar su acceso pleno.

Al respecto debe tenerse presente el propio artículo 28 de la Constitución vigente; el mismo que señala que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático y en el caso específico, fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Dicha obligación además se encuentra recogida en el artículo 4 del Convenio Nº 98 de la OIT[12]; el mismo que señala que "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".

Cabe señalar, además, que en el caso del Convenio Nº 98, al tratarse de un instrumento referido a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

Asimismo, este deber de fomento se encuentra contenido en el Convenio 154 de la OIT; el mismo que si bien no tiene carácter vinculante para el Perú; no obstante si constituye un parámetro de actuación que, tal como ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Constitucional peruano, constituye *soft law* que debe orientar la actividad estatal[13]. Situación similar acontece con la Recomendación 163 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva.

No obstante trascendiendo un razonamiento meramente formal, debemos reiterar que esta obligación de fomento se deriva además de la función económica social que cumple la negociación colectiva y que, como ya se ha señalado, constituye uno de los presupuestos, a título de garantía institucional, del Estado social y democrático.

(12) Convenio ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 14712 del 13 de marzo de 1964.

(13) A título de ejemplo téngase presente la sentencia de fecha 19 de setiembre de 2008, recaída en el Exp. Nº 25-2007-PI/TC y la sentencia de fecha 22 de abril de 2009 recaída en el Exp. Nº 8-2008-PI/TC.

En consecuencia, el deber de fomento de la libertad sindical a través de la negociación colectiva que no es otra cosa que la expresión dinámica de esta libertad, constituye en realidad la realización de la obligación que tiene el Estado (a título de garantía primaría en los términos de Ferrajoli) para garantizar la vigencia de los valores contenidos en los derechos fundamentales y, que como componentes del modelo económico constitucional encausan y limitan la libertad de empresa

VIII. CONCLUSIONES

- La libertad de empresa y la libertad sindical son dos derechos que, a pesar de estar contenidos en el texto constitucional tienen naturaleza y grado de imperatividad diversa

- La libertad sindical es un derecho fundamental que expresa los valores fundamentes del orden constitucional que, a título de contenido dogmático, permite la interpretación y aplicación armónica del sistema jurídico en general.

- Por su parte, la libertad de empresa constituye un derecho de carácter conexo o instrumental que, en su dimensión subjetiva, hace posible el ejercicio de verdaderos derechos fundamentales y que, en su dimensión objetiva, constituye parámetro de actuación estatal y social para hacer posible la vigencia de tales derechos fundamentales.

- La libertad sindical en tanto componente de un modelo de Estado social y democrático sancionado por nuestra Constitución y, por tanto, fundamento de nuestro modelo económico constitucional (*economía social de mercado)* constituye parámetro de evaluación de validez del ejercicio de la libertad de empresa.

- Esta relación de subordinación de la libertad de empresa respecto a la libertad sindical se deriva, además, de la naturaleza de derecho fundamental de este último; distinto al carácter instrumental o conexo de la libertad de empresa.

- La labor de promoción del ejercicio de la libertad sindical que le corresponde al Estado, no puede verse limitada por la simple alegación de la afectación de la libertad de empresa, debido a la relación de subordinación que existe entre ambos derechos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. "Los Derechos Humanos, Naturaleza, Denominación y Características". En: *Cuestiones Constitucionales*. Nº 11, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México.

2. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. En La Ley del Más Débil*. 4ª ed., Madrid 2004

3. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*. Oviedo, 2002.

4. SABOGAL BERNA, Luis Fernando. "Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia". En: *Revista - Mercatoria*. Vol. 4, Nº 1, 2005, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362>.

5. GARCÍA, Manuel. "Consideraciones sobre las clausulas económicas de la constitución". En: *Estudios sobre la constitución española de 1978*. Zaragoza, 1979.

6. RESICO, Marcelo F. *La economía social de mercado*. Una opción de organización económica para Latinoamérica.

7. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI". Disponible en: <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2006n03_revistaDeTrabajo/2006n03_a07_aRios.pdf>.

8. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, Alcances y Regulación*. Plades. Lima, 2010.

LA HUELGA EN LOS SERVICIOS DE SALUD Y EL ARBITRAJE OBLIGATORIO[1]

JESÚS CARRASCO MOSQUERA[2]

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas dos huelgas en el sector salud, la de los médicos en el Ministerio de Salud, así como la de las enfermeras en el Seguro Social de Salud - EsSalud[3], que han superado en un caso la barrera de los cien días, y en otro, los cincuenta días, en un hecho sin precedentes, se han convertido en un problema recurrente para el Estado[4], el mismo que descubre sobre el tapete un inconfundible conflicto de derechos fundamentales que el gobierno y la sociedad, al parecer no han advertido en su real dimensión: La Huelga versus la Salud.

Qué debe primar, ¿El deber del Estado de garantizar la libertad sindical (y por tanto la Huelga) o el deber de protección de la Salud? Menudo problema que es el que se encuentra detrás de estos especiales conflictos laborales que se repiten

(1) Este trabajo contó con la valiosa colaboración hemerográfica de la Dra. Victoria Ampuero Alata de Fuertes.

(2) Abogado constitucionalista, socio de C y C abogados, Consultor de diversas entidades públicas en temas de Derecho del Trabajo y previsional. Licenciado por la UNMSM (2000) y egresado de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP (2004, actualmente en proceso de titulación) y del Curso de Post Grado en derecho Constitucional por la USAL (España, 2007). Alumno libre del Programa de Segunda Especialidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la PUCP.

(3) Conducidas por la Federación Médica peruana- FMP en el MINSA y por el Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud - Sinesss en EsSalud, respectivamente.

(4) Si recordamos el año 2012, se produjeron dos huelgas médicas sucesivas de 33 días cada una. La primera conducida por el Sindicato Médico del Seguro Social del Perú - SINAMSSOP contra EsSalud, y la segunda, por la FMP contra el Ministerio de Salud. Posteriormente, en el año 2013 la FMP vuelve a paralizar labores por espacio de otros 35 días.

en el Sector Público, máxime si tenemos en cuenta que ambos son deberes constitucionales, que a su vez provienen de dos derechos fundamentales de igual dimensión. Nace pues un nuevo conflicto constitucional, que hasta la fecha –creemos– que no ha sido abordado de la mejor manera.

Pero al mismo tiempo, estos conflictos laborales en la salud pública, desnudan otra inocultable realidad de consecuencias jurídicas no menos importantes, como es el caso de la interrupción de las atenciones hospitalarias y/o de la prestación de servicios de salud de los millones de pacientes a nivel nacional (asegurados y no asegurados), y la aparente pasividad del Estado en evaluar la aplicación de mecanismos impositivos de solución de conflictos, puntualmente del Arbitraje Obligatorio regulado en el artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y reglamentado por la Directiva Nº 005-2012-MTPE, aprobado por Resolución Ministerial Nº 076-2012-TR.

El presente trabajo intenta dar una mirada a la figura del arbitraje obligatorio, tratando de apuntar en que casos se debería aplicar, y como debería proceder el Estado en las huelgas en los servicios de salud, y al mismo tiempo echa un breve vistazo a las verdaderas causas de los recientes conflictos laborales sucedidos en los hospitales de nuestro país.

Es preciso advertir que no pretendemos alentar conductas estatales intervencionistas en contra del derecho de huelga ni contra sus titulares, y mucho menos el uso indiscriminado del arbitraje obligatorio para todos los conflictos laborales, por el contrario el presente trabajo apunta aquellos casos de huelgas inmotivadas prolongadas excesivamente en el tiempo, llevadas por la insensatez u obstinación sindical, mas no de las huelgas legítimas cuya duración prolongada se deba exclusivamente a la falta de voluntad del empleador estatal por resolverlo.

II. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO

1. Definición de arbitraje y arbitraje obligatorio

El Arbitraje en sentido amplio es un mecanismo de solución de conflictos individuales o colectivos al cual recurren dos partes enfrentadas. Consiste en la designación de un tercero, el árbitro, cuya decisión, el laudo, se impondrá sobre las diferencias de las partes y deberá ser acatada obligatoriamente. Si bien formalmente su ejercicio es privado, cierto es también que es una actividad constitucional

de orden público desde el momento en que la propia Constitución, en sus artículos 62[5] y 139 inciso 1[6] reconocen la existencia de la jurisdicción arbitral.

En ese sentido, Oswaldo Hundskopf señala que si bien las partes escogen a los árbitros o se someten a un Tribunal Arbitral, la facultad de los mismos está, más que en la autonomía de la voluntad de las partes, en el reconocimiento por la Constitución[7], lo que Edgardo Balbín Torres complementa correctamente, afirmando que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, Subjetiva, ya que su fin es proteger los intereses privados de las partes, pero también tiene una dimensión Objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución Política del Perú[8].

Es por ello que cuando hablamos de arbitraje, normalmente se concibe a este mecanismo resolutivo, como aquel arbitraje voluntario o clásico, es decir aquel por el cual las partes en conflicto se someten manifestando su consentimiento para ello. Sin embargo en el Derecho del Trabajo, o más específicamente, en las Relaciones Colectivas del Trabajo, este arbitraje consensual coexiste con otros dos tipos que no necesariamente requieren del consentimiento del trabajador o del empleador. Uno de ellos es el Arbitraje Potestativo[9] y el otro es el Arbitraje Obligatorio, al cual nos centraremos seguidamente.

Así tenemos que el artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR

---

(5) **Constitución Política del Estado**

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (…). **Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley** (énfasis es nuestro).

(6) **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y **la arbitral** (énfasis es nuestro)

(7) Cita extraída de su artículo "El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral", publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 91, Año II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 1.

(8) Interpretación efectuada en el Fundamento 15 del Laudo Arbitral Obligatorio expedido por Balbín Torres el 11/09/2012 como Autoridad Administrativa de Trabajo para poner fin a la huelga nacional indefinida de 33 días desarrollada por el Sindicato Nacional Médico del Seguro Social del Perú - SINAMSSOP en EsSalud.

(9) Mecanismo arbitral que depende la Autoridad laboral (MTPE) y que se activa a solicitud de una de las partes, en los siguientes supuestos, según el artículo 61-A del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR:

- Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido
- 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

dispone que cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. **De fracasar esta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva**.

Es así que el arbitraje obligatorio, implícitamente, se encuentra contenido en la última línea del precitado dispositivo, la que posteriormente ha sido desarrollada mediante la Directiva Nº 005-2012-MTPE, aprobada por Resolución Ministerial Nº 076-2012-TR de fecha 5 de marzo de 2012, norma que en su item 5.1, letra F) lo define como: Aquel arbitraje en el que, por mandato del artículo 68 de la LRCT, la intervención resolutiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo se produce dentro de supuestos excepcionales y en calidad de árbitro obligatorio, por lo que se desarrolla en instancia única; siendo inimpugnables los actos emitidos, salvo en los supuestos de impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial.

En resumen, ambas normas nos indican que el arbitraje obligatorio consiste en la atribución del Estado de intervenir obligatoriamente en una huelga, luego de fracasadas las negociaciones para remediarla, siempre en cuando se presenten situaciones excepcionales, con el propósito de resolver en definitiva el referido conflicto laboral y así evitar daños mayores a la sociedad. Es decir, se autopermite la imposición de la jurisdicción arbitral obligatoria, cuando otros derechos se vean afectados, sin necesidad de contar con la aceptación de las partes en conflicto. Sin duda, un *ius imperium light*, aun cuando la propia directiva que lo regula indique que dicha intervención es de naturaleza exclusivamente arbitral[10], interesante discrepancia que para el objeto del presente análisis no será profundizado.

Y es que claro, este tipo de arbitraje no es comparable ni debe ser confundido con el arbitraje voluntario, ni con el arbitraje potestativo, ya que en ambos casos las partes acuden a un tribunal imparcial conformado por tres miembros ajenos al gobierno, sin embargo, en el presente caso, el arbitraje obligatorio no solo es impositivo, es también estatal y unipersonal, ya que quien va laudar según las propias normas heterónomas del Estado no es otro que el director general de

(10) Al respecto, Edgardo Balbín Torres sostiene que el arbitraje obligatorio no constituye un ejercicio del ius imperium del Estado, toda vez que lo considera como parte del derecho de negociación colectiva y al mismo tiempo no es una instancia administrativa. Interpretación efectuada en los fundamentos 24 y 25 del único laudo arbitral emitido por la Autoridad de Trabajo respecto de una huelga en servicios de salud, del 11 de setiembre del año 2012 (Sinamssop vs. EsSalud).

Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a la sazón, un funcionario del gobierno.

2. Supuestos que habilitan el arbitraje obligatorio

Pero vayamos mas allá de este debate, y analicemos cuales son esos supuestos excepcionales por los que el Estado está autorizado a intervenir mediante un arbitraje obligatorio. Encontramos que la Directiva Nº 005-2012-MTPE establece una suerte de principio de legalidad para su aplicación, al delimitar los siguientes tres supuestos:

A) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que comprometa gravemente a una empresa o sector productivo.

B) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que derive en hechos de violencia.

C) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

Puede notarse que en todos los supuestos, subsiste como elemento común denominador, la huelga excesivamente prolongada en el tiempo, a la que se suman situaciones no menos importantes como los actos de violencia o las graves consecuencias o afectación de un servicio y/o sector productivo. Pero ¿Cuándo estamos ante una *huelga excesivamente prolongada en el tiempo* si la propia norma no impone un plazo para calificarla como tal?

En principio, consideramos que la norma hace bien en no fijar un plazo determinado para señalar a una huelga como excesiva, ello hubiera significado una intromisión restrictiva al derecho de huelga, sin embargo, a criterio nuestro, dicha prórroga excesiva debe tratarse de aquella que revista **insensatez u obstinación del gremio o dirigencia** en hacerla perdurar en el tiempo, sumada a una **imposibilidad manifiesta del empleador** en atender el pliego o la plataforma de lucha. Evidentemente, dicha prolongación debe afectar o amenazar gravemente el ejercicio de otros derechos fundamentales, o poner en riesgo la conservación de determinada actividad productiva o servicio esencial.

A criterio nuestro, un supuesto de **insensatez u obstinación sindical**, podrá considerarse a aquella huelga que tenga por objeto alterar lo pactado en un convenio colectivo, cuando se encuentra en periodo de vigencia, persistiendo en dicho cometido. Lo que Sala Franco califica como Huelga Novatoria por alterar el deber de paz laboral, conforme a la legislación laboral española que sanciona a esta

justificación como un supuesto de ilegalidad de la huelga[11]. Este tipo de paralización, solo debería admitirse como excepción, cuando uno de los tramos económicos del convenio vigente haya sido incumplido por el empleador.

En nuestro país, el estudioso del derecho laboral y gran conocedor de la práctica sindical peruana, Francisco Gómez Valdez, llama severamente a este mismo supuesto como una Huelga Abusiva, cuando están erigidas por los trabajadores para modificar el espíritu de la convención colectiva, *ante tempus*. La misma calificación le otorga a aquellas paralizaciones sucesivas en el tiempo, destinadas a perjudicar el manejo regular de a empresa[12].

En cuanto a **imposibilidad manifiesta del empleador**, consideramos que esta se dará cuando la huelga tenga por objeto reclamar un beneficio económico o estatus laboral que jurídicamente se encuentra prohibido de otorgarse, es decir que requiere previamente de una modificación legislativa o decisión jurisdiccional que autorice al empleador concederlo[13]. La OIT no es ajena a esta situación, al punto de señalar en la Decisión Nº 532 del Comité de Libertad Sindical que, la prohibición de las huelgas que deriven de conflictos de derecho no constituyen una violación a la Libertad Sindical[14].

3. Procedimiento arbitral obligatorio

Como quiera que el arbitraje obligatorio es en estricto sensu un mecanismo resolutivo de última ratio, dichos supuestos deberán ser objetivamente verificados por los órganos inspectivos de la autoridad de trabajo y demás opiniones sectoriales competentes, quienes utilizando una apreciación restrictiva deberán considerar, en forma indistinta, situaciones tales como, el grado de afectación que la huelga genera a la población o la sociedad, la interrupción de los servicios públicos o esenciales, así como la inseguridad o los daños que generen los actos de violencia producidos durante la huelga.

(11) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho sindical*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. 2013, pp. 339-340).

(12) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo, relaciones colectivas de trabajo*. Editorial San Marcos, 3ª ed., Lima, 2009, p. 596.

(13) Un buen ejemplo de este supuesto, constituye la reciente huelga de trabajadores administrativo-jurisdiccionales del Poder Judicial (marzo y abril de 2014), quienes reclamaban su exclusión del Régimen del Servicio Civil, pretensión que no podía ser atendida por dicho poder del estado, sino por el Congreso de la República.

(14) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La libertad sindical, recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., Ginebra 2006.

La competencia para la intervención arbitral obligatoria, según la misma Directiva Nº 05-2012-MTPE, será de los directores regionales de trabajo cuando las graves consecuencias de una huelga prolongada irradie sobre determinada región o localidad. Cuando tenga repercusiones supra regionales o a nivel nacional, será competente el Director General de Trabajo. En ambos casos, dicha competencia arbitral será declarada de oficio o a solicitud de parte invocándose los supuestos previstos en el artículo 68 de la LRCT y la directiva mencionada, la misma que deberá ser debidamente motivada mediante auto regional o resolución directoral, según sea el caso, y notificada a las partes en conflicto, la que a su vez, servirá para que ambas presenten sus propuestas finales por escrito(15).

El laudo arbitral deberá ser emitido inmediatamente después de recibida las propuestas, tomando en cuenta principalmente los últimos acercamientos que hayan tenido las partes durante el desarrollo de la huelga, debiendo circunscribirse el pronunciamiento al punto que desencadenó el conflicto (que generalmente, son de naturaleza económica), sin considerar aquellos temas sobrevinientes o ajenos a las negociaciones, que bien pueden ser objeto de acuerdos directos(16). El objeto de esto, es que el laudo sea lo más justo posible para las dos partes del conflicto, y evite rebeldías ante su obligatorio cumplimento.

No cabe duda de que, desde una visión autonomista, no debería haber intervención del Estado, la autonomía colectiva por sí sola debería resolver el conflicto, es decir sindicato y empleador estatal deberían ponerse de acuerdo soberanamente para evitar una huelga o para ponerle fin luego de iniciada esta. Es lo ideal sin duda alguna, sin embargo cuando se trata de sindicatos que realizan actividad esencial para el sector público, resulta pertinente recurrir a una solución heterónoma estatal, máxime cuando la paralización afecta directamente derechos de terceros. Y es que el Estado no puede permanecer de brazos cruzados cuando una huelga afecta gravemente a la sociedad o se producen actos de violencia que altera la seguridad interna del país.

En ese sentido, si bien el deber constitucional de garantizar la libertad sindical y de fomentar la negociación colectiva, expresado en el artículo 28 Incisos 1) y 2) de la Constitución(17), supone la no intervención del Estado en asumir

(15) Ver ítem 6.6 de la Directiva Nº 005-2012-MTPE

(16) BALBÍN TORRES, Edgardo. *Fundamento 11 del laudo arbitral obligatorio del 11/09/2012 (Sinamssop vs. EsSalud).*

(17) **Constitución Política del Estado**

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

prácticas que desincentiven su ejercicio mediante la emisión de normas y actos administrativos que afecten su contenido, ello no implica un abstencionismo estatal absoluto, por el contrario subiste el deber constitucional del Estado de estimular y fomentar el ejercicio de todos esos derechos, incluyendo el deber de promover formas de solución pacífica de los conflictos, siendo el arbitraje obligatorio una típica solución heterónoma de naturaleza pacificadora.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la Oficina Internacional del Trabajo - OIT, no restringe o prohíbe este mecanismo resolutivo, tal es así que en la Recomendación 564 del Comité de Libertad Sindical, señala expresamente que el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga solo es aceptable en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población(18).

III. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES DE SALUD

Es sabido que la huelga es una paralización colectiva concertada de trabajadores, que deriva de un conflicto con el empleador, y que tiene por finalidad obtener de este la reivindicación de sus derechos. Para Sala Franco la huelga es la cesación temporal del trabajo decidida por una colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses(19).

En esa misma línea, Rendón Vásquez señala que la huelga no tiene un carácter de un fin en sí mismo, sino el de un medio coadyuvante con los fines de la organización sindical. La finalidad de la huelga estriba en desarrollar una presión sobre los empleadores o sobe las autoridades o contra ambos al mismo tiempo para obtener de ellos la terminación del desconocimiento de un derecho, o su establecimiento si no existiera(20).

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

(18) Oficina Internacional del Trabajo - OIT, *La Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Año 2006, 5ª ed.

(19) SALA FRANCO, Tomás. Ob. cit., p. 327.

(20) RENDÓN VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo, relaciones colectivas en la actividad privada*. 8ª ed., Grijley, Lima, 2014. p. 280.

En consecuencia, el derecho constitucional de huelga supone y entraña a su vez, un derecho de afectación al empleador, toda vez que se trata de un instrumento de presión. No hay huelga sin afectación de la producción de la empresa. Sin duda, es un acto dañoso contra el empleador, por lo que su ejercicio pocas veces resulta pacifico. Sin embargo, este efecto dañino que tiene la huelga, no puede ni debe confundirse con un efecto destructor de la empresa o del servicio que presta.

Al respecto, una doctrina italiana muy interesante, señala que toda huelga conlleva el derecho de afectar la *producción*, mas no la productividad(21), advirtiéndose que la primera, la producción, no puede preservarse frente a la huelga sin dejar a esta vacía de contenido; la segunda, la *productividad*, impone un límite al conflicto que deriva del contenido esencial de la libertad de empresa e implica preservar capacidad productiva de la empresa impidiendo que la huelga ocasione la "destrucción del adversario"(22).

Es precisamente por esto que la Huelga, como todo derecho tiene sus límites, no es absoluta ni podría serlo, mas aun tratándose de una que afecta servicios tan esenciales como los de la salud, es por ello que la propia normatividad vigente y las recomendaciones de OIT imponen la obligación a estos sindicatos de trabajadores hospitalarios de garantizar determinados áreas mínimas de todo el servicio esencial que prestan, lo que por ningún caso autoriza a que, cumplida tal limitación, el conflicto lo puedan mantener eternamente.

Uno de los ejemplos más gráficos y elocuentes de huelgas que afectan servicios esenciales, constituyen aquellas que se producen en los servicios sanitarios estatales, es decir en lugares donde se prestan servicios de salud pública, tales como hospitales, centros médicos y consultorios, lo que incluso es objeto de reconocimiento expreso por la propia LRCT(23). Si bien no se prohíbe del todo la huelga en dichos servicios, si se imponen restricciones a su ejercicio cuando se obliga a que el sindicato garantice el funcionamiento de áreas mínimas.

---

(21) GAETA L. "Las teorías sobre la huelga en la doctrina italiana". En: *Relaciones Laborales*. Tomo II, 1993, p. 1352 y ss. Citado por el profesor de Derecho del Ttrabajo de la Universidad de Castilla La Mancha, Joaquín Perez Rey en su artículo *El Enfrentamiento entre Huelga y derecho al trabajo (A propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril)*, publicado en la revista *Relaciones Laborales*. Nº 2, La Ley, Madrid, pp. 453-467.

(22) Frase acuñada por DURÁN LÓPEZ, F. *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, CARL, Sevilla, 1998, p. 21. Obtenido del mismo artículo de Joaquín Perez Rey.

(23) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Artículo 83.- Son servicios públicos esenciales:

a) **Los sanitarios y de salubridad**. (énfasis es nuestro).

Así tenemos que el artículo 82 de la misma LRCT señala que cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Esta limitación resulta válida desde que la propia Constitución en su artículo 28, inciso 3, establece que la Huelga debe ejercerse en armonía con el interés social. Al respecto la OIT, define al Servicio Esencial como aquel cuya interrupción determine la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población(24), incluyendo como una de sus principales exponentes al servicio hospitalario. Más prolijamente, García Blasco y Ermida Uriarte advierten que la limitación en los servicios esenciales no deviene de los perjuicios que pueda generar en la economía nacional, sino en la esencialidad (se asocia al trabajador) o en la imprescindibilidad del servicio que se presta(25).

En nuestra práctica laboral colectiva, cuando se trata de huelgas en servicios de salud, dichas áreas mínimas de obligatorio mantenimiento por parte de un sindicato médico o de otros profesionales de la salud, constituyen las áreas de Emergencia (incluyendo equipos básicos de guardia: cirugía, anestesia, reanimación y servicios de ambulancia, farmacia y laboratorio), Cuidados Intensivos e Intermedios, Hospitalización y procedimientos impostergables (Diálisis, banco de sangre, Etc). Todos los demás servicios hospitalarios, como atención en consultorios externos, cirugías electivas(26) y procedimientos electivos(27), incluyendo sus respectivos laboratorios y farmacias, pueden ser paralizados(28).

En teoría, estos servicios citados que sí son pasibles de paralización en un centro hospitalario no tienen la condición de servicio esencial, ya que *a priori* su interrupción no va afectar la vida de ninguna persona ni podrá en riesgo la salud de una colectividad, sin embargo una paralización prolongada en el tiempo de estos servicios, va generar indiscutiblemente, postergación y acumulación de pacientes que requerían atención en consulta, con el riesgo de que sus males se vayan

(24) Decisión 581 del Comité de Libertad Sindical

(25) GÓMEZ VALDEZ, F. Ob. cit., p. 632.

(26) Cirugías medianas o menores, como extracción de vesícula, operación de próstata, tumores benignos o controlados, etc.

(27) Radiografías, electro cardiogramas, ecografías pre natales, endoscopías, colposcopías, colonoscopías, radiología intervencionista, etc.

(28) Información obtenida de los Instructivos de Huelga Indefinida 2012 y 2013, publicado por el Sinamssop en su respectiva páginas web (<www.sinamssop.org>).

agravando. Lo mismo sucederá con las cirugías o procedimientos electivos, que de ser menores o medianos podrían convertirse en cirugías mayores o en eventuales cuadros de emergencia. En estos casos, no solo se pone en riesgo la vida y la salud de los pacientes, sino también la obligación constitucional del Estado de proteger la salud pública en general(29).

Es por ello, que la propia OIT advierte en la Decisión Nº 582 del Comité de Libertad Sindical que **el concepto de servicio esencial no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población**(30).

En consecuencia, no debería permitirse una huelga eterna en servicios tan importantes como los de la salud, aun cuando estén garantizados el funcionamiento de los servicios mínimos, ya que indefectiblemente acarreará transgresiones o amenazas latentes al derecho a la vida, lo que sumado a la falta de justificaciones certeras que motiven el conflicto, bien podría configurar el ejercicio abusivo de un derecho por parte de una organización sindical, lo que además de encontrarse prohibido por la Constitución, el Estado debe tomarlos en cuenta para evaluar una intervención arbitral obligatoria.

1. Breve repaso a las últimas huelgas en la salud pública: La verdad de los conflictos

Pero la huelga no solo genera daños al empleador. También genera secuelas a al titular de su ejercicio, es decir, a la propia organización gremial, ya sea de índole económico, institucional, pero sobretodo social. Los conflictos acentúan la animadversión entre las partes y entre los sectores de la colectividad que simpatizan con ellas, situación que podría dar lugar a un estado de hostilidad permanente y generalizado(31).

Es así que el peor enemigo de un sindicato o una huelga, es la opinión pública y una prensa en contra, razón por la cual todo gremio conformado por

(29) **Constitución Política del Perú**

Artículo 7.- Derecho a la Salud

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

(30) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., Ginebra, 2006.

(31) RENDÓN VÁSQUEZ. Ob. cit., p. 151.

profesionales que gozan de determinado status y cuyas acciones son de repercusión mediática, antes de dar inicio a una paralización de labores, debe tener una estrategia clara que le indique qué reclamar y hasta donde debe forzar el conflicto, así como evaluar las consecuencias de su medida, más aun si estas son sucesivas en un breve periodo de tiempo.

Gremio que no tome en cuenta estos factores, podría estar condenado al fracaso de su plataforma de lucha y al descrédito profesional de su gremio ante la sociedad, sin embargo, tal parece que ese no ha sido el criterio que adoptaron los gremios médicos del Ministerio de Salud (Minsa) y de las enfermeras de EsSalud, en los últimos meses, y ciertamente el Estado ha sido muy condescendiente con dichos conflictos. Veamos por que:

- **Huelga Médica Minsa**

  Los médicos del Ministerio de Salud agrupados en la Federación Médica Peruana - FMP, suscribieron en agosto de 2013 luego de una primigenia Huelga Indefinida de 30 días, un Acta de Solución[32] en el que aceptaron una nueva escala salarial regida por ley (D.L. Nº 1153) cuya implementación debía darse en el plazo de dos (02) años, siendo el primer tramo de dicha escala un incremento sobre el sueldo básico de S/. 1,500.00, el mismo que se ejecutó a nivel nacional a partir de setiembre del mismo año 2013.

  Posteriormente, una nueva dirigencia asume la conducción de la FMP a partir de enero de 2014, y "advierte" que los S/. 1,500.00 otorgados en realidad solo ascendían en la práctica a S/. 700 u 800, en el mejor de los casos, sin advertir que dicho incremento al ingresar al haber básico se encontraba sujeto a las retenciones de ley (Impuesto a la Renta, AFP, etc.), como todo incremento remunerativo. Es así que considera que el Minsa habría "estafado" al gremio, y decide desatar una nueva huelga a partir del 13 de mayo de 2014 que hasta la fecha del presente trabajo no concluye.

  Claramente se trataba de una Huelga Novatoria o Huelga Abusiva, según la clasificación de Sala Franco y Gómez Valdez, respectivamente, toda vez que en puridad, la FMP inconforme con los términos del pacto que había firmado tan solo 9 meses atrás, busca a través

(32) Véase: <http://es.scribd.com/doc/160498495/Acta-de-acuerdo-entre-el-Ministerio-de-Salud-y-la-Federacion-Medica-Peruana>.

de una nueva paralización, alterar el referido convenio colectivo encontrándose este en pleno periodo de vigencia, a lo que se suma una falta de cultura remunerativa o asesoría jurídica en dicho gremio que le haga ver que a la larga dicho incremento resultaba beneficioso, toda vez que repercutirá favorablemente sobre su fondo pensionario y sobre Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) al momento de la jubilación(33).

Lamentablemente, el Estado lejos de resolver definitivamente dicho conflicto imponiendo un necesario arbitraje obligatorio, ha emitido declaratorias de emergencia del sector(34) y lanzado amenazas de despido que lo único que han generado es calentar más el conflicto, permitiendo que esa paralización se prolongue por más de 100 días con innecesarias negociaciones y negativas, exponiendo al desgaste de los hospitales públicos del Minsa y el descrédito de dicho sector ante la sociedad.

- **Huelga de Enfermeras (EsSalud)**

Las enfermeras del Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud (Sinesss), desarrollaron una huelga de 53 días, entre junio y agosto del presente año 2014, en la que reclamaban básicamente una homologación remunerativa con los haberes que perciben los profesionales cirujanos dentistas y químicos farmacéuticos de la misma institución (quienes reciben aproximadamente un 20 % mas que ellas), plataforma que no podía ser atendida por EsSalud en razón que existen normas legales vigentes que estipulan un razonable distanciamiento remunerativo entre dichos grupos ocupacionales, en razón de los años de estudios universitarios y el nivel de responsabilidad ante los pacientes(35).

(33) Antes de ese incremento la CTS de los médicos del Minsa, al ser trabajadores regidos por el régimen laboral público D.L. Nº 276, se calculaba en base al exiguo sueldo básico que en la mayoría de casos no superaba los un mil soles.

(34) Con la finalidad de tercerizar servicios a terceros privados y de contratar en vía directa personal de reemplazo en calidad de suplencia CAS.

(35) La Ley Nº 23536, considera a los odontólogos y químicos farmacéuticos como profesión médica junto a la de las médicos, mientras que los D.S. Nº 019-83-PCM y D.S. Nº 024-83-PCM, consagran la distancia remunerativa entre ambos profesionales con respecto a las enfermeras, por el nivel de responsabilidad que asumen en los hospitales frente a los pacientes, y por la cantidad de años de estudios en el pregrado universitario (6 años vs. 5 años). Criterios razonables desde todo punto de vista, que EsSalud no podía violentar, mientras dichas normas no fueran modificadas por los poderes competentes.

Se trataba claramente de una huelga derivada de un conflicto de derecho o incluso de una Huelga Inmotivada (ad nútum), según la clasificación de Gómez Valdez[36], sin embargo, el Ministerio de Trabajo lejos de resolver definitivamente dicho conflicto, mediante arbitraje obligatorio, invocando la prohibición normativa para atender el reclamo y en todo caso, derivar en consulta al Parlamento y Minsa la modificación normativa, se abocó durante más de 50 días a negociar con dicho gremio el entendimiento de la norma, permitiendo que se afectara seriamente la atención de las cirugías en todos los hospitales de EsSalud.

Aun mas, las enfermeras transgredieron los propios límites internos que le impone la ley para desarrollar su medida de fuerza (actuar en forma pacífica), al haber cometido actos de violencia, tales como haber bloqueado la pista exclusiva del Metropolitano en Lima y toma de algunos hospitales, todo lo cual habilitaba al Estado a la aplicación del arbitraje obligatorio. Si bien la huelga es un derecho constitucional, la propia Constitución limita su ejercicio al interés público.

- **Huelga Médica en EsSalud**

Un buen ejemplo de una paralización médica bien plasmada y bien resuelta, constituye la Huelga Médica indefinida del año 2012 convocada por el Sindicato Médico del Seguro Social del Perú (Sinamssop)[37], quienes luego de fracasar en sus negociación directa con EsSalud, por no otorgar una bonificación diferenciada[38] que los separe económicamente de los demás profesionales de la misma institución, desarrollaron una huelga de 33 días entre el 7 de agosto y el 4 de setiembre de 2012.

Ante la negativa manifiesta de las autoridades de EsSalud en conceder dicho beneficio en los más de 25 días de paralización, el Ministerio de Trabajo intervino con un arbitraje obligatorio, a través del director general de trabajo de entonces, Dr. Edgardo Balbín

(36) GÓMEZ VALDEZ, F. Ob. cit., p. 596.

(37) Gremio que agrupa a médicos, odontólogos y químicos farmacéuticos en EsSalud.

(38) Se reclamaba una Bonificación por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad, basada en la especial actividad diferenciada que realizan los médicos, odontólogos y químicos farmacéuticos en EsSalud, la misma que esta determinada en la ley.

> Torres, cuyo laudo arbitral de fecha 11/09/2012 puso fin al conflicto laboral, concediendo la bonificación solicitada en un valor del 25 % sobre la remuneración, el mismo que en su momento no solo fue acatado, sino saludado por el sindicato.

Este final feliz, se debió a que dicho sindicato no se enfrascó a reclamar una alteración de un pacto vigente, o el pago de un beneficio económico prohibido por ley, por el contrario, su estrategia se basó en sustentar una actividad laboral diferenciada establecida en la ley y que no realizaran los demás profesionales del mismo empleador, lo que ameritaba una bonificación económica de la misma naturaleza.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Toda huelga que se respete responde a una estrategia, tanto desde su convocatoria, su desarrollo y, por supuesto su solución. No hay una sola decisión que se tome en cualquiera de estas etapas, que no obedezca a una estrategia bien diseñada por sus dirigentes o asesores, que tome en cuenta un factor fundamental: El marco jurídico al que se enfrenta.

Una buena estrategia jurídica, permitirá saber al sindicato qué reclamar en su plataforma de lucha, cual debe ser el punto mínimo negociable y si esta es jurídicamente posible obtenerla, es decir si lo que se reclama no se encuentra prohibido legislativamente o sujeto a un plazo de ejecución. Superado este primer tamiz, esa misma estrategia jurídica, deberá indicar hasta que punto se debe forzar la huelga, y lo más importante, en que momento deberá decidirse la conclusión de la misma.

En casos de sindicatos o gremios conformados por profesionales de la salud que brindan un servicio esencial como la salud propiamente dicha, resulta ineludible la estimación del artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, norma que habilita al Estado a intervenir definitivamente mediante el Arbitraje Obligatorio cuando una huelga se prolonga excesivamente en el tiempo y afecta la prestación del servicio básico que brinda, cuyo laudo pone fin al conflicto y es inimpugnable.

Una acertada dirigencia debería ser consciente de que el Estado no puede permanecer impávido ante una huelga médica que suspende las atenciones de consultorios y difiere las cirugías electivas, afectando la salud de millones de pacientes diariamente, siendo evidente que la posibilidad de la aplicación de este arbitraje resultará mayor a medida que la huelga se siga prolongando, con el consabido riesgo

de que una vez impuesto, el gremio no podrá rehusarse a aceptarlo. Ciertamente, el Estado debe ser conciente de ello también y de la herramienta de la que goza.

Dicho esto, permitir extender más de la cuenta una huelga en el sector salud y/o pretender radicalizarla, cuando ya se tienen propuestas económicas concretas, sería irresponsable y debería exponer indefectiblemente a la inminente aplicación del citado arbitraje obligatorio por parte del gobierno, con el riesgo del evidente debilitamiento institucional y descrédito profesional que una intervención como esa le ocasionaría al sindicato.

En ese mismo sentido, pretender imponer servicios mínimos post inicio de huelga o sorpresivas declaratorias de emergencia por parte del Estado, no constituye una solución correcta, como tampoco lo son las amenazas de despido de trabajadores en este contexto, ello se encuentra reñido por la Constitución y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, antes bien deben agotarse las etapas resolutivas que la ley establece para proceder a dichas medidas extremas, siendo la última de ellas precisamente la expedición del laudo arbitral obligatorio. Persistir en lo anterior, solo generaría mayor cohesión e intransigencia de los dirigentes y afiliados, además de la continuidad de la protesta.

Siempre debe tenerse en cuenta que no por muy larga que sea una huelga, esta será exitosa, máxime cuando la propia Constitución limita a este derecho al interés público.

ALCANCES SOBRE LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL LABORAL

CÉSAR CISNEROS[1]

I. INTRODUCCIÓN

La introducción del "arbitraje potestativo" a nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo ha supuesto un incremento exponencial en el uso de este mecanismo heterónomo de solución de conflictos, lo cual también ha supuesto un incremento de demandas de impugnación de laudos arbitrales; sin embargo, a nivel judicial no existe consenso respecto a qué causas son las atendibles para impugnar válidamente un laudo arbitral laboral.

El derecho sustantivo y procesal del trabajo carecen de una regulación completa y expresa respecto del arbitraje laboral, dicha situación de insuficiencia normativa ha supuesto que el diseño de la revisión judicial de los laudos arbitrales laborales se apoye en los principios arbitrales comunes. Así, la mayor parte de las causas de impugnación de laudos arbitrales –admitidas a nivel judicial– presentan un claro paralelismo con los motivos impugnatorios de los arbitrajes privados (contenidos en el Decreto Legislativo Nº 1071).

Ahora bien, ¿es preciso constreñir a las causales de anulación, contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071, las vías para impugnar judicialmente un laudo arbitral laboral o, por el contrario, dicha norma es de estricta aplicación supletoria?

(1) Abogado Asociado Senior del Área Laboral de Ferrero Abogados. Maestría en Asesoría Jurídico Laboral - Universidad Rey Juan Carlos (Madrid - España).

A través del presente trabajo, vamos a hacer una aproximación al concepto de anulación e impugnación de laudo arbitral laboral a la luz de la competencia establecida para la Sala Superior en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) Ley Nº 29497, una revisión y análisis de la forma en la que el Poder Judicial viene entendiendo la materia y una reflexión sobre los mecanismos que las partes tienen para recurrir judicialmente un laudo arbitral laboral.

II. DIFERENCIA ENTRE CONFLICTOS JURÍDICOS Y CONFLICTOS DE INTERESES. PRECISION PARA DETERMINAR LA COMPENTENCIA EN LA NLPT

La NLPT al momento de establecer la competencia de las Salas Superiores hace una distinción entre la anulación de laudos arbitrales y la impugnación de los mismos. Así, el artículo 3, incisos 2 y 3, señala que la Sala Superior tiene competencia en los procesos de:

- **Anulación** de laudo arbitral que resuelve un **conflicto jurídico de naturaleza laboral**, a ser tramitada conforme a la Ley de Arbitraje.
- **Impugnación** de laudos arbitrales derivados de una **negociación colectiva**, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la NLPT.

Entendemos que la disquisición efectuada en la NLPT, si bien a primera impresión podría entenderse como conceptos similares, presupone que partimos de conflictos de distinta naturaleza.

De acuerdo lo anterior, tenemos que los **conflictos jurídicos de trabajo** (a que hace referencia el inciso 2 del artículo 3 de la NLPT) son los que surgen al interpretar o aplicar una norma preexistente (sea legal, consuetudinaria o contractual) para determinar los derechos subjetivos que se derivan de esa norma(2).

Asimismo, los conflictos jurídicos laborales son aquellos que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa, ya sea porque se dude de

(2) DEL REY GUANTER, S. *La resolución de los conflictos colectivos laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1992, p. 43.

su vigencia o legalidad, ya sea porque se susciten dudas sobre su alcance. La finalidad del conflicto jurídico es conseguir la aplicación, inaplicación o interpretación de una norma jurídica(3).

Otros autores consideran que la calificación de conflictos jurídicos no es la más acertada y la denominan "conflictos sobre aplicación de derecho", que son aquellos que surgen con ocasión de la interpretación y aplicación de una norma (legal, reglamentaria o convencional), cuya pervivencia no es cuestionada por los litigantes. Así, tales conflictos pueden indistintamente ser individuales o colectivos, y su naturaleza determina que su solución se encomiende predominantemente a órganos dirimentes desempeñados por técnicos en Derecho; es decir, por jueces o por árbitros de derecho(4).

Respecto a este extremo, la NLPT hace una precisión y señala, en la sexta disposición complementaria, que "las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación de laboral y, adicionalmente, la remuneración percibida, sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)".

De la precisión efectuada por la NLPT, podemos extraer que la anulación de un laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral, principalmente presupone la suscripción de un convenio arbitral; es decir, que las partes decidan someter la controversia a la resolución de un tercero. Precisamente, la suscripción de un convenio arbitral habilita, y así lo reconoce la NLPT, una remisión expresa a las normas de arbitraje (contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071) con la finalidad de obtener las causales de anulación del laudo arbitral.

Por otro lado, tenemos la **impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva** (a que hace referencia el inc. 3 del art. 3 de la NLPT). Con relación a lo señalado anteriormente, en este supuesto nos encontramos frente a un **conflicto de intereses**, que es aquel en el que se trata de crear o modificar las condiciones de trabajo mediante nuevas normas.

Los conflictos económicos o de intereses tienen por finalidad conseguir una regulación más adecuada de las condiciones de trabajo, ya sea una nueva

(3) HINOJOSA SEGOVIA, R. *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*. UCM Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 167.

(4) MONTOYA MELGAR. A. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 723.

regulación o una modificación de la existente. Estos conflictos suelen plantearse con ocasión de la negociación de un convenio colectivo, bien para advertir a la contraparte de su fuerza, bien para presionar a favor de una determinada regulación(5). Asimismo, este tipo de conflictos pueden encontrar solución de las siguientes formas(6):

a) Solución *inter partes* por conciliación: los propios contendientes se concilian (de modo informal o siguiendo un procedimiento prefijado, recurriendo o no la mediación de un tercero).

b) Solución *inter partes* por celebración de un convenio colectivo: las partes en litigio ponen fin a sus diferencias negociando un convenio.

c) Solución arbitral: el órgano arbitral dicta un laudo resolviendo el conflicto.

En este punto, conviene precisar que a este tipo de conflictos, también se le denominan "conflictos de regulación" que son aquellos en los que, lejos de discutirse la aplicación de una norma, es la propia norma la que se pone en cuestión, se debate la oportunidad de la norma existente, pretendiéndose su modificación, sustitución por otra (como ejemplo se puede mencionar la negociación colectiva para sustituir un convenio) o, simplemente, se postula el dictado de una nueva norma que cubra una situación de vacío normativo. Los conflictos de regulación son siempre colectivos, en cuanto que en ellos se deduce el interés común de una colectividad (real o potencial) de trabajadores(7).

Asimismo, respecto a este extremo, la NLPT no hace una remisión expresa a las normas de arbitraje (como sucede en el caso de los conflictos jurídicos), básicamente porque nos encontramos frente a un conflicto de naturaleza distinta y que tiene una regulación especial, la misma que está contenida en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, por lo cual, habrá que remitirnos a dicha normativa para extraer los supuestos en los cuales se puede impugnar judicialmente el laudo arbitral.

(5) HINOJOSA SEGOVIA, R. *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*. Ob. cit., p. 167.

(6) ROLDÁN MARTÍNEZ, A. "Procedimientos de solución extrajudicial de conflictos establecidos por acuerdo interprofesional o por convenio colectivo". En: AA.VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Cano Linares, A. (dir.), Dykinson, 2006, p. 323.

(7) MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p. 723.

III. LAS CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DERIVADOS DE NEGOCACIÓN COLECTIVA

El artículo 66 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por D.S. Nº 010-2013-TR (LRCT), señala que los laudos arbitrales son susceptibles de impugnación por **razón de nulidad** y por **establecer menores derechos** a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores.

Los alcances de la LRCT son demasiado escuetos, incluso el segundo supuesto de impugnación no es más que uno de los casos de nulidad de laudo arbitral, es claro que la LRCT no estipula causas por las que se puede solicitar al Poder Judicial anule el laudo que adolece de aquéllas. En ese sentido, las causas de nulidad deberán ubicarse a lo largo de la LRCT(8). A manera de ejemplo, se pueden citar:

- Cuando el laudo contenga menores derechos que los establecidos por las leyes a favor de los trabajadores. En efecto, un laudo arbitral en contraposición a dicho precepto sería nulo, dada la imposibilidad de pactar beneficios convencionales por debajo de los mínimos legales.

- Cuando el laudo establezca una solución distinta a las propuestas finales de las partes o combine planteamientos de una u otra. Este supuesto se puede inferir como causal de nulidad, conforme a lo regulado en el artículo 65 de la LRCT.

- Cuando existan vicios en relación a la instalación y designación de los árbitros. En efecto, el artículo 54 del Reglamento de la LRCT, señala que los árbitros deben aceptar formalmente el cargo y ello deberá constar en un acta. Asimismo, el artículo 64 de la LRCT señala que están imposibilitados de ser árbitros los abogados, asesores o en general las personas que tengan relación o interés directo o indirecto en el resultado.

- Cuando el laudo arbitral fuera emitido bajo presión (ejerciendo una modalidad irregular de huelga). Así, el artículo 69 de la LRCT precisa que "adolece de nulidad el laudo celebrado bajo presión".

(8) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada. Guillermo Boza, Martín Carrillo, Adolfo Ciudad, Juan Carlos Cortés, Oscar Ermida y otros. Consultores Jurídicos Asociados S.A., Lima, 1994. p. 147.

Pese a lo señalado, que son meros ejemplos, no se debe perder de vista que la "razón de nulidad" es la que habilita la impugnación del laudo arbitral derivado de conflictos de intereses. Si bien el alcance de la nulidad es amplio, debemos precisar que el mismo opera ante la omisión de formalidades esenciales, dicha situación está ligada con el principio de legalidad o de especialidad, precisar que ello sucede cuando se vulnera gravemente la sustanciación regular del procedimiento o cuando carece de algún requisito que le impida lograr la finalidad a que está destinado(9).

Con relación a la nulidad, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 00294-2009-PA/TC, señala que:

> "(…) la nulidad resulta un instituto de la teoría general del derecho (…) definido como la **sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales por no haberse observado las formalidades prescritas para su emisión**, como un requisito esencial de su constitución. Asimismo, debemos tener presente que este instituto de carácter general, no resulta aplicable bajo las mismas consecuencias a todas las ramas del derecho, pues cada una de ellas cuenta con un campo de estudio determinado, con finalidades distintas unas de otras, las cuales afectan la aplicación original de esta institución a dichos campos (…)".

De acuerdo a lo anterior, vemos que la causal de nulidad es una fórmula abierta que debe ser analizada, de manera casuística, en relación con cada proceso de impugnación de laudo arbitral (derivado de un conflicto de intereses) que es sometido a la competencia del Poder Judicial y, a partir de ello, verificar si el laudo arbitral adolece de algún vicio que pueda acarrear la nulidad.

IV. EL CRITERIO DE LA CORTE SUPERIOR Y LA CONTRAPOSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Con la entrada en vigencia de la NLPT, se han emitido una serie de pronunciamientos judiciales a nivel de Corte Superior que buscan marcar la pauta respecto a la forma en que se debe recurrir judicialmente un laudo arbitral.

(9) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 376.

Ahora bien, hemos traído a colación una selección de sentencias emitidas por la Corte Superior con relación a casos de impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva, con la finalidad de evidenciar la fórmula que viene empleando la Corte Superior:

- Exp. Nº 290-2012[10] (Cuarta Sala Laboral de Lima):

  "Que al tratarse el presente proceso sobre **impugnación de Laudo Arbitral por razón de nulidad, resulta de aplicación el artículo 62 del Decreto Legislativo Nº 1071, que prevé como única vía de impugnación el recurso de anulación**, que tiene por objeto la revisión de la validez solo por las causas expresamente previstas en su artículo 63".

- Exp. Nº 050-2013 (Cuarta Sala Laboral de Lima):

  "(…) si lo alegado por la impugnante fuero objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas (numeral 2 del artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071); En ese sentido, **no habiéndose acreditado la reclamación oportuna ante el Tribunal Arbitral de los supuestos señalados en el literal b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, carece de sustento lo peticionado por la parte actora** (...)".

- Exp. Nº 002-2013 (Cuarta Sala Laboral de Lima):

  "Al respecto debemos precisar que la **Ley de Arbitraje, Ley Nº 1071, es clara al señalar que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe** (...) no habiéndose acreditado la reclamación oportuna ante el Tribunal Arbitral de los supuestos señalados en (...) artículo 63 de la Ley de Arbitraje, carece de sustento lo peticionado por la parte actora (...)".

- Exp. Nº 276-2012 (Cuarta Sala Laboral de Lima):

  "(...) no se advierte que el citado **laudo incurra en algunas de las causales de anulación señaladas en el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071** (..)".

(10) El mismo criterio se replica en la sentencia recaída en el Expediente Nº 021-2013 expedido por la Cuarta Sala Laboral.

- Exp. Nº 260-2012 (Cuarta Sala Laboral de Lima):

  "(...) **el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071 (…) precisa taxativamente como causales de anulación, siempre y cuando la parte que alegue pruebe (…) bajo estas premisas, se puede colegir que las causales de nulidad son las expresamente contempladas en la citada norma** (...) al tratarse el presente proceso sobre nulidad de Laudo Arbitral resulta de aplicación (...) el Decreto Legislativo Nº 1071 que prevé como única vía de impugnación el recurso de anulación (...)".

La nota característica de todos los casos reseñados es que versan sobre procesos de impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva; sin embargo, la Corte Superior viene –a nuestro modo de ver– aplicando estrictamente lo regulado en el Decreto Legislativo Nº 1071, ello supone olvidar que existe, conforme hemos señalado, una distinción entre la anulación y la impugnación de laudos arbitrales.

La aplicación estricta del Decreto Legislativo Nº 1071 supone también, y así lo viene aplicando la Corte Superior, constreñir las causales de impugnación de un laudo arbitral derivado de negociación colectiva a las normas de arbitraje común, pese a que la NLPT no hace una remisión expresa a dicha norma. Por el contrario, existe una norma especial que establece las causales de impugnación (recordemos por razón de nulidad o por establecer menores derechos, ambos desarrollados en la LRCT).

La aparente confusión en la norma aplicable para determinar la impugnación de un laudo arbitral derivado de negociación colectiva, es abordada por la Corte Suprema –a manera de ejemplo– en los siguientes casos:

- Exp. Nº 10517-2013 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente):

  "El artículo 3 de la **Ley Nº 29497**, en sus incisos 2 y 3 **distingue las pretensiones de 'Anulación de laudo arbitral** que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral' el cual debe ser tramitado conforme a la ley de arbitraje , esto es el Decreto Legislativo Nº 1071, **de la pretensión de 'Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva**, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente ley', distinción de pretensiones y régimen legal aplicable (…) **la sentencia ha desarrollado**

el pronunciamiento aplicando indistintamente las normas de la Ley de Negociaciones Colectivas y Ley de Arbitraje, sin brindar una respuesta clara y coherente (…)".

- Exp. Nº 13906-2013 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente):

  "(...) se verifica que la sentencia de primera instancia adolece de motivación, toda vez que **no se realiza ninguna justificación coherente que explique las razones por las que efectúa la aplicación supletoria de las normas del Decreto Legislativo Nº 1071** (...) teniendo en cuenta que el inciso 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, atribuye como competencia material de las Salas Laborales Superiores el conocimiento de la impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva (...)".

- Exp. Nº 10565-2013 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente):

  "(...) esta Sala Suprema actuando como órgano de apelación, estima que existe una **confusión de categorías jurídicas** en el análisis de la controversia por parte de la Sala de mérito (...) **el yerro en que incurre está determinado por el hecho de aceptarse que el presente proceso verse sobre 'anulación' del laudo arbitral invocando las causales contenidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071, omitiendo de esta forma considerar que el mismo trata específicamente sobre 'impugnación' del laudo arbitral,** conforme a los alcances de las causales contenidas en los artículos 66 (y 65 también) del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...) y que como tal, encaja dentro de la competencia material a que se contrae el artículo 3 inciso 3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (...)".

El criterio esbozado por la Corte Suprema implica el reconocimiento de vías distintas cuando se trata de impugnar judicialmente un laudo arbitral derivado de un conflicto de intereses a un laudo arbitral derivado de un conflicto jurídico. Así, conforme hemos señalado, cuando se trata de impugnar judicialmente un laudo arbitral, derivado de un conflicto de intereses, la norma que debe servir como derrotero del proceso es la LRCT, una aplicación en contrario importaría

desconocer que existe una norma especial que regula los supuestos para que las partes pueda recurrir el laudo arbitral en sede judicial.

V. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DE ARBITRAJE AL PROCESO DE IMPUGNACION DE LAUDO ARBITRAL

Si bien no coincidimos con los pronunciamientos de la Corte Superior, dado que restan del análisis la norma elemental que debe ser aplicada a los casos de impugnación de laudos arbitrales derivados de conflictos de intereses (LRCT), no podemos perder de vista que, en determinados supuestos, también resultaría de aplicación, si bien de manera supletoria, las normas de arbitraje (contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071).

La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que:

- El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos(11);

- La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule de manera deficiente;

- Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y,

- Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

(11) Sobre el particular, el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1071, señala: "El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano (…) o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria".

De acuerdo a lo anterior, las normas supletorias son aquellas sobre las que prevalece la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, operan solo cuando la voluntad normativa ha dejado vacíos(12).

En ese sentido, en el caso de impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva, habrá que determinar que en el ordenamiento especial (LRCT) existan los supuestos de hecho que puedan acarrear la nulidad y en caso no exista una previsión, recién podrá recurrirse a las normas de arbitraje común, pues hay que tener en consideración que la supletoriedad no termine desnaturalizando el ordenamiento especial(13).

Entonces cuando se trate de demandas de impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva, el único requisito que el Poder Judicial debe exigir es que la demanda verse sobre una causal de nulidad o por que el laudo establece menos derechos a los reconocidos a los trabajadores por ley, no debería desestimarse o exigirse que las demandas encuadren dentro las causales de anulación contenidas en el del Decreto Legislativo Nº 1071.

A propósito de lo mencionado, las principales causas de anulación contenidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071 son las siguientes:

- Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- Que una de las partes no haya sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable.
- Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

(12) VIDAL RAMÍREZ, Fernando: "La supletoriedad de las leyes de arbitraje". En: AA.VV. *El arbitraje en el Perú y el Mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, p. 87.

(13) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, p. 125.

- Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

- Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Consideramos que si el Poder Judicial exigiera a las partes que impugnan judicialmente un laudo arbitral (derivado de negociación colectiva) que las pretensiones se encausen en alguna de las descritas precedentemente se estaría afectando el derecho de las partes, pues se estaría desnaturalizando la vía de impugnación contenida en una ley especial por darle preferencia a una norma supletoria.

VI. CONCLUSIONES

1. La NLPT establece que la Sala Superior tiene competencia para resolver procesos de anulación de laudos arbitrales que resuelven conflictos jurídicos y procesos de impugnación de laudos arbitrales derivados de negociación colectiva (conflicto de intereses).

2. Al momento de asumir competencia, la Sala Superior debe advertir, previamente, si nos encontramos frente a un laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico, que es el que surge al interpretar o aplicar una norma preexistente; o frente a un conflicto económico o de intereses que es aquel que tiene por finalidad conseguir una regulación más adecuada de las condiciones de trabajo (suelen plantearse con ocasión de la negociación de un convenio colectivo). A partir de esta disquisición, se puede advertir con claridad qué norma se debe aplicar a efectos de obtener las causales de anulación.

3. En el caso de la anulación de laudos arbitrales derivados de conflictos jurídicos, la propia NLPT establece que las causales de anulación se obtienen de las normas de arbitraje contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071. Por el contrario, en el caso de laudos arbitrales derivados de conflictos de intereses las causales de impugnación se obtienen de la LRCT y, cuando corresponda, de manera supletoria de las normas de arbitraje.

4. La LRCT señala que se puede impugnar judicialmente un laudo arbitral (derivado de negociación colectiva) por razón de nulidad o porque el mismo contiene menores derechos de los reconocidos en la ley a favor de los trabajadores, estos dos supuestos son los que –la norma especial– habilita para entablar una demanda judicial.

5. El criterio actual de la Corte Superior es aplicar automáticamente las normas de arbitraje común, tanto a los laudos arbitrales que resuelven conflictos jurídicos, como a los que resuelven conflictos económicos o de intereses. Dicho razonamiento presupone preferir una norma general a una especial que contiene, si bien de manera escueta, las causas por las que se puede impugnar judicialmente un laudo arbitral derivado de negociación colectiva.

6. En las demandas de impugnación de laudo arbitral (derivados de negociación colectiva) no se debería exigir que el petitorio se encuadre en alguna de las causales de anulación contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071, pues existe una norma especial que establece el derrotero del proceso y porque no necesariamente todos los supuestos de hecho que pueden acarrear una nulidad conforme al contenido de la LRCT están contenidos de manera expresa en el decreto legislativo antes citado.

EL OLVIDADO DEBER DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LAURA TORRES SOTO

Como es sabido en nuestra Constitución Política se encuentran enumerados algunos de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; sin embargo, es pasado por alto que allí no solo se encuentran los derechos –pretensiones– sino también las denominadas libertades; un claro ejemplo de ello lo tenemos en el inciso 14 del artículo 2 que contempla la libertad de contratar de forma lícita, el derecho a contratar se encuentra reconocido expresamente como un derecho fundamental; sin embargo, este es un claro ejemplo de un derecho libertad, en tanto que si bien podemos contratar con otra persona, esta no se encuentra obligada a contratar con nosotros, puede escuchar nuestra oferta y ver nuestra clara intención de querer contratar con él pero finalmente decir –por diversos motivos– no acepto el contrato. Caso contrario del derecho al derecho a la intimidad, este es un claro ejemplo de una pretensión, otra persona no puede decidir si transgrede o no nuestro derecho a la intimidad.

En el caso de la negociación colectiva, por otro lado, se han venido siguiendo diferentes posturas, para algunos la negociación colectiva es un "derecho" libertad, en tanto que si el sindicato de una empresa solicita negociar colectivamente con su empleador, este último puede negarse a negociar colectivamente con su sindicato en tanto "la negociación es libre y voluntaria" y por el contrario, también se sostiene que el derecho a la negociación colectiva es un derecho pretensión, en tanto que el empleador deberá ser obligado a negociar colectivamente.

Ahora, consideramos que para defender una u otra posición no debe de perderse de vista un factor importante, que es el deber del Estado de fomentar colectivamente la negociación colectiva y la solución pacífica de conflictos, un deber considerado en nuestra Constitución Política del Perú (la Constitución), que parece haberse sido olvidado. Pero lejos de lo anterior, qué entendemos por el deber de fomento, ¿El Estado podría obligar al empleador a negociar al empleador con el propósito de fomentar la negociación colectiva? Particularmente consideró que efectivamente el Estado podría hacerlo para garantizar un ejercicio real de lo que significa negociar colectivamente, lamentablemente vemos como el deber del Estado no se refleja en las estadísticas y en nuestro contexto socio coyuntural, aún más cuando es el propio Estado el que ha limitado el derecho a negociar colectivamente al Sector Público.

Entonces, partiendo que el Estado tiene el deber de promover la negociación colectiva, debemos conocer qué es aquello que debería de garantizar a fin de poder además saber si en su deber de fomento podría obligar a un empleador a negociar colectivamente o más bien su actuar sería un acto de injerencia.

I. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DEBER DE FOMENTO

1. Negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva es un reconocido derecho fundamental recogido en el artículo 28[1] de la Constitución, asimismo se encuentra desarrollado en el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) número 98, "Convenio sobre el derecho a la sindicación y de negociación colectiva" ratificado por el Perú el 13 marzo 1964 y el CIT número 154 (no ratificado por el Perú).

Como es sabido los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parte de nuestra legislación interna pudiendo hasta sostener que lo tratados no ratificados pero que versen sobre derechos fundamentales como el CIT 154, podrían aplicarse de la misma manera que cómo cualquier ley interna.

En ese sentido, tenemos que el derecho a la negociación colectiva, se encuentra reconocido como un derecho fundamental tanto para órganos internacionales,

(1) Artículo 28.- "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (…)".

como la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y también por nuestra propia legislación interna, reconocida a través de nuestra constitución. Por lo tanto, ante cualquier infracción o queja tenemos el control del propio Estado, así como el control de los órganos de la OIT, tales como el Comité de Libertad Sindical, pero entonces ¿qué significa que sea derecho?

1.1. La negociación colectiva como pretensión

El derecho a la negociación colectiva, al contrario del derecho de sindicación y el derecho a huelga, es un "derecho bilateral"[(2)] en el que actúan no solo los trabajadores representados por el sindicato o dirigentes sindicales, sino que también es necesaria la actuación de los representantes de los empleadores.

En ese sentido, podemos definir a la negociación colectiva como el "conjunto de discusiones sobre condiciones de trabajo, llevadas a cabo entre un empleador, un grupo de empleadores y un grupo de trabajadores por otro lado, con miras a la realización de un acuerdo"[(3)], entendiendo que dicho acuerdo se materializa a través de la formación de un convenio colectivo. Asimismo, en palabras del TC la negociación colectiva es el instrumento "para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral"[(4)] en tanto que permite la comunicación entre las partes y el intercambio de información, tratando de satisfacer los intereses de ambas partes.

Asimismo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, como intérpretes de los CIT han señalado que la negociación colectiva es un procedimiento a través del cual las partes luego de "negociaciones" sobre las condiciones de empleo de los trabajadores, llegan a un acuerdo denominado "convenio colectivo", el cual puede contener tanto derechos como obligaciones.

Por otro lado, respecto a las características elementales de la negociación, podemos mencionar las siguientes:

a) La negociación colectiva es flexible, al tener dicha característica, la negociación se adaptará, no solo al país en el que se negocie, sino

(2) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú". En; *Soluciones Laborales*. Nº 39, Lima, 2011, p. 53.

(3) BUENO MAGANO, Octavio. "La representación Sindical". En: *Derecho Laboral*. T. XXVI, Nº 129, Montevideo 1983, pp. 123-124.

(4) Fundamento 9 de la STC Exp. Nº 2566-212PA/TC.

concretamente a la empresa, pudiendo formarse convenios colectivos con contenido general como complejos.

b) La negociación colectiva como instrumento para alcanzar la equidad y la justicia social, es decir, se le otorga a un grupo de trabajadores la posibilidad de igualar la fuerza de negociación de los empleadores.

c) A través de la negociación colectiva los trabajadores pueden participar en la toma de decisiones laborales o lo que se conoce como "democratización industrial". Así también podernos decir que la negociación colectiva "representa una reducciones de los derechos absolutos de la dirección en ámbitos que en el pasado los empleadores consideraban que dependían exclusivamente de su autoridad"(5).

d) La negociación colectiva parte de un conflicto entre trabajadores y empleadores, pero que a través de reuniones y diversas tratativas, los conflictos se puedes llegar a superar y puedan lograr los esperados beneficios y satisfacciones mutuas.

De esa forma, esta negociación deberá estar dotada de autonomía al ser un diálogo "entre grupos antagonistas sociales"(6), es decir, las organizaciones de trabajadores y empleadores deberán actuar de cara a ejercer su defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.

En ese sentido, se ha establecido que la negociación colectiva deberá estar dotada de independencia, autonomía de las partes, deberá tener carácter libre, contenido abierto(7). De esa forma para que los sindicatos en general puedan cumplir con sus objetivos (de defensa y promoción) deberán ser independientes y han de tener la facultad de organizar sus actividades sin intervención (excesiva e injustificada) de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, tal como lo señalan los artículos 3 y 10 del CIT Nº 87.

Ahora, respecto a los rasgos de la negociación colectiva mencionados en el párrafo anterior, existe un amplio debate, a través del cual se discute lo que entendemos al señalar que una negociación colectiva es *libre y voluntaria*.

(5) WINDMULLER, Jhon P. "Orígenes y naturaleza de la negociación colectiva". En: *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industriales*. OIT, Madrid, 1989, p. 668.

(6) PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Derecho sindical español*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 229.

(7) GERNIGON, Bernard et ál. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva". En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119. OIT, 1999, p. 2.

Al respecto, la negociación colectiva al tener como una de sus características el ser libre y además voluntaria ha dado pie a que se señale que ello facultaría a que un empleador se negase a negociar colectivamente ante la solicitud del sindicato; sin embargo, a nuestro entender la negociación colectiva es una pretensión es decir, un derecho y no una libertad(8) y por lo tanto, el empleador se encontraría obligado a negociar colectivamente ante la solicitud del sindicato.

Para señalar por qué preferimos uno sobre el otro debemos es primordial conocer la diferencia entre un derecho-pretensión y un derecho-libertad; citando a Hohfeld diríamos que hoy en día el uso de la palabra derecho se ha usado indiscriminadamente, pudiendo significar una potestad, un privilegio o una inmunidad, olvidando lo que realmente significa un derecho subjetivo.

De esa forma, al definir derecho debemos identificar que su correlativo es "un deber" así tendremos que cuando se viola un derecho incumplimos un deber, por ello al existir tal correlación sería mejor identificar a dicho derecho con una pretensión; mientras tanto la libertad es tratar a otros a voluntad, es decir no vendría a ser más que un privilegio, siendo "el correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión está constituido por los no derechos de los terceros"(9). En síntesis, tenemos que el correlativo de pretensión sería un deber y el correlativo de un privilegio sería un no derecho o una libertad.

Por esa razón, "Alexy dirá que un derecho fundamental, en realidad, en una libertad cuando el ordenamiento, con el título de derecho, le confiere a su titular un permiso o, lo que es lo mismo, la alternativa de decidir si hace u omite algo (...) la idea o noción de libertad presupone la ausencia de obligaciones y prohibiciones(10)".

Dicho lo anterior, sostenemos que la negociación colectiva es una pretensión y no una libertad, en tanto existe un deber de la otra parte de negociar y no un privilegio de hacerlo, pues en caso se considerase lo último se estaría desconociendo la naturaleza, los elementos y finalidad de la figura de la negociación colectiva.

(8) Dentro de este grupo se ha entendido que al ser la negociación colectiva libre y voluntaria, se involucrarían dos aspectos: (i) la libertad para negociar, decir si acudir a negociar o no negociar y (ii) la libertad de convenir decidir si ponerse de acuerdo o no.

(9) HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara, México D.F., 2009, pp. 47-49.

(10) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Citado en: AGUINAGA MEZA, Ernesto, BOZA PRÓ, Guillermo. "El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva". En: *Revista Derecho PUCP*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p, 287.

En ese sentido, nosotros no negamos que la negociación colectiva sea libre, pero este conceptos debe ser entendidos en el contexto y con la finalidades históricas que le confiare a la negociación colectiva, es decir, luego de iniciado el diálogo entre las partes (la negociación) se expresará las libertades de ambas partes en la propia negociación buscando se efectivicen sus propios intereses sin injerencia de ninguna parte y tampoco del Estado.

Por otro lado, si aceptaríamos lo opuesto, es decir entender que la negociación colectiva es un privilegio supondría que las partes pudieran acudir o no a negociar, evidentemente con ello estaríamos yendo en contra de las finalidades de la negociación colectiva. En primer lugar, de aceptar dicha definición estaría yendo en contra del fin de armonización de intereses contrapuestos de las partes, en ese sentido, cómo podríamos armonizar una relación contrapuesta, si la parte empleadora alegaría "una negociación libre y voluntaria" para nunca acudir a negociar. Reconocer entonces que la negociación colectiva es un privilegio supondría quitar el poder que se otorga a los sindicatos, poder que supuestamente tiene como fin romper con la asimetría que existía con las negociaciones de trabajo individuales.

Ahora, lo cierto es que el Estado no puede obligar a ambas partes a iniciar una negociación colectiva(11), pero si al menos una de las partes sí lo requiere, obligará a la otra a tener que iniciar la negociación, siendo además que "de conformidad con la LRCT, en el Perú los empleadores están obligados a negociar colectivamente con sus trabajadores"(12). Consideramos, entonces, que cualquier de ellas podría solicitar la apertura de una negociación colectiva y con más razón los sindicatos, pues por el uso de su autonomía colectiva obligará a la otra parte a hacerlo y tener que formar parte de la negociación.

Yendo un poco más allá, si considerásemos una vez más que la negociación colectiva fuese una libertad/privilegio de negociar, estaríamos yendo en contra del fomento de la propia formación de sindicatos, ello pues cuál sería el motivo de los trabajadores para formar sindicatos si finalmente siempre el grupo de empleadores se negará a negociar. De esa forma se estaría eliminando no solo la

(11) "Una intervención coercitiva del Estado alteraría el carácter voluntario de la negociación colectiva". ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 198.

(12) AGUINAGA MEZA, Ernesto; BOZA PRÓ, Guillermo. "El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva". En: *Revista Derecho PUCP*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p, 287.

utilidad de una negociación colectiva, sino también su figura jurídica y hasta la libertad sindical protegida por los CIT.

Con lo antes expuesto no queremos decir que ambos grupos (representante de los trabajadores y representante del empleador) están obligados en la negociación directa a llegar a un acuerdo, sino que deberán al menos acudir a la negociación y seguirla de buena fe[13], independientemente de los resultados de las negociaciones y si llegan o no a formar a algún acuerdo.

En ese sentido, deberíamos entender que la característica de libertad y autonomía de la negociación colectiva implicaría una autonomía colectiva, es decir, "dejar en manos de los sujetos colectivos que actúan en el mundo de trabajo la regulación de sus relaciones"[14], siempre y cuando se respete el contenido elemental de la negociación. De esa manera tenemos que autonomía sería autorregulación y no libertad de negociar o no negociar[15].

Sin embargo, como todo derecho (pretensión) la libertad que tienen las partes en el marco de la negociación colectiva no es absoluta. De esa forma lo que se plantearía es un punto en el que se reconoce la autonomía de las partes, pero con límites que podría tratarse del propio contenido de la negociación colectiva. En ese sentido, en palabra de Alfredo Villavicencio la facultad de autorregulación de la que gozan implica admitir que nos movemos en sistemas basados en una autonomía máxima y una heteronomía limitada"[16].

Ahora, si bien la autonomía colectiva es la libertad de las partes de establecer sus propias normas durante la negociación, ésta también abarca una: autonomía organizativa (creación de los sujetos colectivos), autonomía normativa (que implica el poder de regulación de las relaciones laborales) y la autotutela (posibilidad de recurrir a los medios de coacción)[17]. Siento estas tres manifestaciones de autonomía lo que garantizan la verdadera existencia de dicho derecho.

(13) La buena fe supondría : a) la designación de un interlocutor válido, b) el reconocimiento de los interlocutores del co-negociante, c) la obligación de suministrar información, d) Efectuar reivindicaciones razonables ante pedidos exorbitantes y e) adoptar medidas de fuerza durante el transcurso de la negociación.

(14) VILLAVICENCIO, Alfredo. "La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso concreto del caso peruano". En: *Asesoría Laboral*. Abril, 1996, p. 16.

(15) Tal es así que la misma norma prevé que en caso un Sindicato de trabajadores quiere negociar colectivamente la otra parte debe necesariamente recibir el pliego, salvo causa legal o convencional, ello de acuerdo al artículo 51 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo.

(16) Ídem.

(17) Dicha clasificación es establecida por Alfredo Villavicencio en *La estructura de la Negociación Colectiva: Bases Conceptuales y análisis del caso peruano*. p. 17.

1.2. El contenido de la negociación colectiva: Limitaciones objetivas y subjetivas

De acuerdo al punto anterior debemos partir que toda negociación debe tener autonomía, es decir la libertad de autorregularse o autonomía normativa, en consecuencia, serán las partes quienes deban decidir qué se negocia y qué no; sin embargo, dicha libertad no es irrestricta, pues al momento de negociar deben hacerlo teniendo en cuenta que tal como hemos señalado dicha libertad tiene límites, como el respecto a las normas de orden público (por ejemplo: no poder negociar cosas ilícitas), que no afecten otros derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) o que no regulen el contenido mínimo del derecho a la negociación colectiva, que hasta podría establecerse legislativamente. De esa manera "el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de tutelar imperativamente, deja a los individuos una amplia esfera de libertad para la realización de sus propios intereses"(18).

De esa manera podemos sostener que si bien existe la autonomía colectiva, a través de la cual las partes pueden negociar y autorregularse en libertad, existe también materias sobre las cuales necesariamente deberán negociar las partes (si el sindicato así lo pretende), ello debido a que además de formar parte del contenido esencial del derecho, significan el origen de la misma negociación colectiva.

Ahora, a diferencia de la Constitución española(19) (en adelante, CE), nuestra constitución no ha establecido en forma general, ni específica, qué materias deberán discutirse en una negociación colectiva; sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional (TC) sí lo ha hecho, estableciendo lo que podemos denominar un contenido mínimo que toda negociación colectiva deberá tener.

De esa manera en la sentencia recaída en el Exp. Nº 0008-2005-AI/TC se estableció que la negociación colectiva es "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".** Evidentemente, la pretensión de negociar dichas materias se plantearan en el pliego que presente el sindicato.

(18) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La estructura de la negociación colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano.* Asesoría Laboral, Lima, 1996. p. 16.

(19) Artículo 7 de la CE: "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios".

Así también el TC ha establecido que uno de los elementos esenciales de una negociación es el contenido negocial[20] y dicho contenido debe estar dotado de elementos mínimos como los son las remuneraciones, las condiciones de trabajo y la productividad y las demás materias serán de libre regulación de las partes.

De la misma manera se ha referido que las materias objeto de negociación, de acuerdo a los "órganos de control de la OIT no se limita a los temas tradiciones (jornada, descanso y salario), sino que cubre materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo, como por ejemplo, las promociones, traslados, supresiones de puesto sin previo aviso, etc. (OIT, 1994, párrafo 250 y nota a pie de página 17)"[21]. Considerando por ello, que lo elemental a negociar serían los llamados temas tradiciones: la jornada, el descanso y el salario. Asimismo, según la Comisión de Expertos sería "contrario a los principio del Convenio núm 98 excluir de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo, y las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociación son a menudo incompatibles con el Convenio (ibídem, párrafos 265 y 250)[22]".

Por otro lado, a nivel legal, se ha establecido al igual que en la sentencia antes citada que los convenios colectivos están destinados a regular: "las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores"[23].

Por lo tanto, debemos de tener en claro que el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva debe estar de la mano de la autonomía normativa, siendo que toda norma de un convenio colectivo estará destinado "a regular las condiciones en que se presta el trabajo asalariado; es decir, se trata de disposiciones sustantivas dirigidas a normas concretas prestaciones de trabajo"[24].

---

(20) Así ha sido establecido por el fundamento 31 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 0008-2005-AI/TC. Los elementos fundamentales en una negociación son las partes o los agentes negociadores y la fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

(21) GERNIGON, Bernard et ál. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva". En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 43.

(22) Ibídem, p. 44.

(23) Artículo 41 del Decreto Supremo Nº 10-2003-TR, "Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(24) VILLAVICENCIO, Alfredo. "La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso concreto del caso peruano". En: *Asesoría Laboral*. Abril, 1996, p. 17.

Asimismo, se ha establecido una bifurcación clásica alemana del contenido de la negociación colectiva, entre lo normativo y lo obligacional[25]. El contenido normativa, es todo aquello que se encuentre ligado a las condiciones de empleo y que recaigan sobre el contrato de trabajo como sujetos individuales, por ejemplo lo aumentos remunerativos. Por otro lado, el contenido obligacional serán todos aquellos derechos y obligaciones que adquieran por ser sujetos colectivos, por ejemplo: tener una sala de reunión para el sindicato.

Ahora bien, respecto a lo que se regula tanto en el régimen privado como el público, por regla general en todo convenio colectivo y por lo que los trabajadores se organizan "pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones"[26], siendo este un contenido esencial del contenido negocial, pero como hemos mencionado el contenido de la negociación colectiva involucra mucho más.

Por lo tanto, y de esta amplia óptica, un intento integral de sistematización de los posibles contenidos de la negociación colectiva ha de "incluir al menos cinco núcleos concretos: a) la relación de cambio entre trabajo y salario: los contenidos propios del terreno de la distribución (salario, jornada, descansos, premios, indemnizaciones, etc.); b) el área de las relaciones de producción: principalmente la organización del proceso productivo (clasificación profesional, movilidad geográfica y funcional, condiciones de seguridad e higiene, ritmos de trabajo, sistema de trabajo, poder directivo y disciplinario del empresario); c) las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores: dirigidas a regular las relaciones entre sujetos colectivos (dinámica de negociación colectiva, derechos sindicales, derechos de representación de los trabajadores, comportamientos conflictivos de ambos sujetos, etc.); d) las actuaciones como sujeto económico (...); e) la situación social de los trabajadores"[27].

En síntesis, hasta ahora tenemos que existe un derecho de las partes de negociar colectivamente lo que mejor les parezca (autonomía colectiva); sin embargo, dicha negociación tiene dos parámetros, el respecto de otros derechos protegidos por el Estado y la obligación de negociar el contenido negocial obligatorio de toda negociación, entre ellas: "el contenido salarial de la negociación".

(25) Acerca de dicha división véase j. GARCÍA MURCIA. "Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales (i) y (ii)". En: *Actualidad Laboral*. 1988, p. 1289 y ss.

(26) VILLAVICENCIO, Alfredo. "Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú". En: *Soluciones Laborales*. Nº 39, marzo 2011, p. 61.

(27) De acuerdo a DURÁN LÓPEZ, F. "El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevos sistema (constitucional) de relaciones laborales citado en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La negociación colectiva como eje que sostiene y gobierna el sistema de relaciones laborales". En: *Los acuerdos Marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada, 1998, pp. 20 y 21.

Tal como hemos mencionado en los párrafos anteriores, las partes de la negociación colectiva gozan de autonomía colectiva, entre ellas la autorregulación; sin embargo, existe un contenido negocial que necesariamente debe ser discutido (contenido salarial), pero existen también supuestos en los cuales se puedes excluir temas del propio contenido salarial.

En ese sentido, "los órganos de control permiten excluir de los temas negociables los relativos al poder de dirección del empresario (...) y admiten que la legislación prohíba pactar en los convenios cláusulas discriminatorios o de seguridad sindical o contrarias a los mínimos de protección legales"[28] De esa manera, todo aquello que se encuentre dentro del conocido *ius variandi* del empleador podría ser excluido del contenido negocial.

Por otro lado, en caso de las restricciones al propio contenido colectivo, por ejemplo el contenido salarial, no estarán permitidos, a menos que se den supuestos excepcionales que lo permitan. Lo antes señalado ha sido reiterado por los órganos de control de la OIT al señalar que "si en virtud de una política de estabilización un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a los necesario, no exceder un periodo de tiempo e ir acompaño de garantías"[29].

De esa forma, se ha establecido un criterio objetivo (la estabilización social) para restringir el contenido salarial de la negoción colectiva, pero debemos recalcar que la citada restricción no es ilimitada pues está condicionada a su temporalidad, a su razonabilidad (lo estrictamente necesario) y al establecimiento de garantías. Ahora, respecto al tiempo en el cual podría estar limitado se ha considerado que "un periodo de tres años de limitación del derecho de negociación colectiva en materia de remuneraciones en el marco de una política de estabilización económica, constituye una restricción considerable"[30], por lo que debería fiscalizar que el Estado mantenga la situación alegada.

Por lo tanto, "las limitaciones al contenido de negociones colectivas futuras, en particular en materia salarial, impuestas por las autoridades en razón de políticas de estabilización económica o de ajuste estructural requeridas por imperiosos

(28) GERNIGON, Bernard et ál. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva". En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 44.

(29) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 217.

(30) Ídem.

motivos de interés económico, son admisibles en la medida en que tales limitaciones estén precedidas de consultas con las organizaciones de trabajo y de empleadores y reúnan las siguientes condiciones: (i) aplicarse como medida de excepción; (ii) limitarse a los indispensable; (iii) no sobrepasar un periodo razonable e ir acompañadas de garantías destinadas a proteger de manera efectiva el nivel de vida de los trabajadores interesados, especialmente de aquellos que puedan resultar más afectados"[31].

De esa forma solo para supuestos excepcionales podría limitarse a las partes a no negociar contenido salarial, además ello debe ocurrir durante un periodo de tiempo limitado y fiscalizado, siendo que de no cumplir con dichos requisitos se estaría eliminando el contenido esencial de la negociación colectiva.

Finalmente, se ha establecido que cualquier otro tipo de limitación que plantee considerarse por parte del Estado "debería estar precedido de consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, intentando buscar el acuerdo de ambas,"[32] en caso contrario, se estaría afectando el derecho fundamental de las organizaciones. Por ello, debe tenerse presente que cualquier restricción unilateral respecto al contenido salarial será incompatible con el CIT Nº 98, pero sobre todo, con la naturaleza de la negociación colectiva.

En consecuencia, el derecho a la negociación colectiva, en tanto pretensión de los trabajadores, le impone a los empleadores la obligación de negociar al menos incrementos salariales y demás condiciones de trabajo; a menos que, en el marco de los programas de estabilización económica, se introduzcan restricciones que cumplan con los criterios de razonabilidad, temporalidad y garantía.

2. Deber de fomento del Estado

Luego de haber definido a la negociación colectiva como una pretensión y haber identificado su contenido, entenderíamos que ello es lo que debe fomentar el Estado, de acuerdo a como la propia norma interna e internacional se lo exige.

El artículo 4 del CIT Nº 98 establece que "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,

(31) GERNIGON, Bernard et ál. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva". En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119. OIT, 1999, p. 56.

(32) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 212.

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.**

Asimismo, La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones en múltiples pronunciamientos ha establecido que es obligación de los Estados estimular y fomentar que entre los empleadores y los trabajadores. Por otro lado, respecto al reconocimiento de la obligación interna de fomento de la negociación colectiva de parte del Estado, ésta se reconoce constitucionalmente en el artículo 28, numeral 2[(33)].

En ese sentido, si bien en una negociación colectiva se ha establecido que existen dos partes; el grupo de empleadores y el grupo de trabajadores, al considerarse que la negociación colectiva es un derecho fundamental que tiene como correlativo un deber, tenemos que existe una tercera parte dentro de la negociación: el Estado.

> "El Estado no puede mantenerse en actitud neutral, puesto que el reconocimiento de sus derechos fundamentales y la función de equilibrio, social y político a que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de *abstention of law*; por lo que se debe imponer al Estado una actitud de garantía y fomento que permita que la tutela colectiva cumpla con un papel con la mayor eficacia posible[(34)]".

En consecuencia, si bien el Estado tiene un rol activo, debe de tomar en cuenta las características ya explicadas de una negociación colectiva, por ello en su actuar debe seguir parámetros, límites, respetar el contenido esencial antes de cometer actos de injerencia, además de seguir la premisa descrita por Alfredo Villavicencio: *autonomía máxima y una heterónoma mínima*, de lo cual ya hemos podido hablar en los párrafos anteriores.

Asimismo, el rol de fomento ha sido denominado también como rol promotor o de promoción, el cual se encuentra relacionado a la creación de condiciones favorables para el ejercicio del derecho, "ya sea desde los instrumentos del derecho colectivo o de la regulación específica de las relaciones de trabajo en cuento a la promoción de la negociación colectiva". Asimismo, otro alcance nos los brinda el TC a través de la sentencia recaída en el Exp. Nº 261-2003-AA/TC, para quien

(33) Artículo 28.- (...) Cautela su ejercicio democrático: 2 Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (...).

(34) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú". En: *Soluciones Laborales.* Nº 39, marzo de 2011, p. 54.

la labor estatal de promoción abarca **la intervención directa del Estado**, ello a través de acciones positivas o las denominadas medidas concretas, siendo lo que el TC ha definido como el "plus de tutela" necesario para alcanzar una efectividad y un ejercicio pleno del derecho a la negociación colectiva.

Por otro lado, desde la perspectiva de la OIT, esta considera que un Estado cumpliría su deber de fomento garantizando que los trabajadores tengan acceso a información de la empresa y además, determinando la existencia de la obligación de negociar(35). De la misma manera el CIT Nº 151(36)(convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública) exigió que los Estados fomenten "procedimientos de negociación o cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos particular otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en determinación de sus condiciones de empleo"(37).

En ese sentido, lo que los Estados deben trazar como objetivo es que sin cometer actos de injerencia, se llegue a formar un convenio en el cual se establezcan las condiciones de trabajo y empleo (dentro de las cuales se haya producido una discusión respecto al contenido elemental del derecho a la negociación colectiva, solicitada por una de las partes).

Además, en la práctica, los órganos de control han aceptado la imposición de ciertas sanciones por parte de los Estados en caso de conductas contrarias a la "buena fe o de prácticas desleales en la negociación colectiva, siempre y cuando no sean desproporcionadas, y han admitido la conciliación y la mediación impuestas por la legislación si tienen plazos razonables. Para adoptar estos criterios se ha tenido en cuenta la voluntad de fomentar la negociación colectiva en países donde el movimiento sindical no tenía suficiente desarrollo o la preocupación subyacente en muchas legislaciones por evitar huelgas innecesarias o situaciones de precariedad y de tensión derivadas de la falta de renovación de convenios colectivos (...)"(38).

En ese sentido, el nivel de fomento de cada Estado no es uniforme sino que se deberá fijar de acuerdo a las necesidades y situación particular de cada país.

(35) OIT. Estudio General 1994, Sesión Nº 81 de la Conferencia. Libertad sindical y negociación colectiva: Fomento de la negociación colectiva. "capítulo X: Fomento de la Negociación colectiva".

(36) El CIT 151 "Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública" fue ratificado por el Perú el 27 octubre 1980.

(37) GERNIGON, Bernard et ál. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva". En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 51.

(38) Ibídem, p. 45.

De esa forma un acto que podría ser de injerencia en un Estado podría ser de fomento en otro Estado.

Teniendo en cuanta lo anterior, en nuestro país se ha señalado erróneamente que la obligación de negociar es un vulneración a la "voluntariedad de la negociación colectiva", situación que no compartimos, en tanto entendemos que la voluntariedad se encuentra limitada por la finalidad de la negociación colectiva (resolver el conflicto).

En ese sentido, dentro de nuestro contexto tenemos que la tasa de actividad sindical en el país ha disminuido notablemente, en tanto la disminución de convenios colectivos ha sido evidente desde hace ya más de 10 años, siendo que desde el año 1985 hasta la fecha la formación de convenios colectivos se ha reducido es más de un 70 %[(39)], lo mismo sucede con la presentación de pliegos con la finalidad de negociar colectivamente. Lo señalado evidencia la realidad de la negociación colectiva en el país, debemos sumar que en nuestro país tenemos que la tasa de sindicación ha disminuido (pasó de 22 % en 1990 a aproximadamente 4 % en el 2007[(40)]) y ello debido a factores que se ha visto establecido por la misma legislación y la coyuntura política.

No olvidemos que el deber de fomento del Estado no acaba con el inicio de una negociación colectiva (al ser un derecho-pretensión), sino que además el Estado deber fomentar el respecto al mismo contenido de la negociación colectiva, pese a ello la propia Ley del presupuesto y la Ley Nº 30057, "Ley del Servicio Civil", excluyen de la negociación colectiva del Sector Público al contenido económico, siendo este parte contenido esencial de este derecho.

Nos encontramos en una realidad en la que tanto la presentación de pliegos, como la formación de convenios colectivos han disminuido. Asimismo, tenemos la promulgación de normas que eliminan parte del contenido esencial de la negociación colectiva. Encontrándonos en dicho contexto, **¿en realidad estaría cumpliendo el Estado con su deber de fomento? ¿No estaría obviando funciones justificando su inacción en "no vulnerar la autonomía colectiva?**

Evidentemente, el Estado no se encuentra cumpliendo con un deber establecido no por cualquier norma sino por nuestra propia Constitución, consideramos, entonces, que la función del Estado debe ser de fomento absoluto que no debe confundirse con injerencia.

(39) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.

(40) Fuente: Encuesta de Hogares Especializados en Niveles de Empleo, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE.

En la misma línea, el TC en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. Nº 261-2003-AA/TC (caso Capeco), el Tribunal estableció que el "artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar 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".

En ese sentido, el Estado en tanto tiene el deber realizar acciones positivas (alejándose de quienes piensan que el Estado no debe intervenir por la voluntariedad de la negociación) se encuentra habilitado a asegurar el desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, lamentablemente la situación no parece mejorar al haberse declarado infundada en parte una de las demandas de incostitucionalidad planteadas en contra de la Ley del Servicio Civil.

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CLAUSURA

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS LABORALES

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Constitución Española, 1978

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ[1]

I. DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En la medida en que los derechos constitucionales, esto es, aquellos derechos que han sido proclamados al más alto nivel y solemnidad por las constituciones de los Estados –en tanto estas que normas básicas de sus respectivos ordenamientos jurídicos–, son el fundamento del orden político, económico y social de cada sistema institucional, puede decirse perfectamente, desde un punto de vista jurídico positivo, que "derechos constitucionales" y "derechos fundamentales" son en realidad una misma categoría dogmática. Y, por lo mismo, los conceptos de "constitucionalidad" y de "fundamentalidad", por lo que a los derechos de la persona y de los grupos en que se integra se refiere, se ofrecen al fin y al cabo como nociones de por sí equivalentes.

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca, España).

Las constituciones se limitan, así pues, a recoger en su parte dogmática o declarativa –una constitución es, sabidamente, una combinación de declaración de derechos y de organización de poderes– una selección o listado escogido de los derechos que merecen ser situados –proclamados y tutelados de modo reforzado– en tan privilegiado escaparate institucional. Aquellos derechos precisamente que, de entre el conjunto de cuantos disponen los ciudadanos en el sistema jurídico, el legislador constitucional ha considerado –conforme a los valores y principios políticos que ha querido consagrar en el proceso constituyente– que identifican y caracterizan las paredes maestras del orden general, por lo que su proclamación queda reservada formalmente a su norma básica o fundamental, a su constitución, y no a cualquier otra.

II. LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LOS DERECHOS LABORALES

Las constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX proclamaron tan solo, en tanto que producto del liberalismo político de primera hora, los derechos del hombre considerado como individuo, los derechos individuales de la persona frente al poder del Estado y sus organizaciones: la libertad individual, la propiedad privada, la libertad de industria, de comercio, de trabajo, etc. Sin perjuicio, eso sí, de que determinados pronunciamientos de carácter social no faltasen por completo de las declaraciones de derechos de algunos textos constitucionales del momento, la Constitución francesa de 1848, por ejemplo.

El proceso de "constitucionalización" de los derechos sociales, y entre ellos de los derivados de las relaciones de trabajo asalariado, es decir, el acceso de estas situaciones jurídicas a las normas constitucionales, se producía ciertamente dentro del primer cuarto del siglo XX, de la mano de la afirmación del Estado social de Derecho. Así, por vez primera, la Constitución mexicana de Querétaro (1917) contiene, no solo principios generales, sino normas jurídicas sobre salario, jornada, libertad de sindicación o derecho de huelga. Será, sin embargo, la Constitución alemana de la República de Weimar (1919) la que proporcione el modelo o paradigma constitucional para los textos europeos y americanos de la posguerra mundial, en que el trabajo es objeto de singular consideración como factor esencial de la vida económica y política, recogiéndose nuevos compromisos estatales en materia de protección especial de la mano de obra. Como la garantía de la libertad de asociación profesional para la defensa y mejora de las condiciones económicas y laborales, la adopción de una política de seguros sociales, el apoyo a

la legislación internacional del trabajo, la participación de los trabajadores en la administración de las empresas, o, en fin, la proclamación de los derechos al trabajo y al descanso en el trabajo.

En el presente, la "constitucionalización" de los derechos sociales y económicos, y de los laborales en particular, es una realidad generalizada, con mayor o menor amplitud, en el constitucionalismo contemporáneo, a lo que han contribuido, desde luego, una vez superados los regímenes totalitarios europeos y sus declaraciones sociales, la aprobación de importantes textos supranacionales –la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas de 1948, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966 o, en fin, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000–, así como el coetáneo proceso de internacionalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

III. EL "PARADIGMA CONSTITUCIONAL LABORAL" DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El "paradigma constitucional laboral" del Estado social de derecho descansa en general, por lo demás, sobre una triple base de sustentación que alumbra un –llamémoslo así– "modelo democrático" de ordenación jurídica de las relaciones laborales cuyos términos bien pueden ser los siguientes.

En primer lugar, una "concepción dialéctica" de las relaciones de trabajo y consiguiente asignación al conflicto de intereses de un papel funcional dentro del sistema institucional. Se parte, así pues, de la noción de que los trabajadores asalariados y los empresarios son portadores de intereses diferenciados que se encuentran en contraposición o conflicto estructural y que justamente el ordenamiento jurídico laboral tiene por objeto canalizar. De lo que deriva, coherentemente, la definición constitucional de los sujetos colectivos habilitados para la representación y defensa de los intereses diferenciados de las partes de la relación de trabajo (sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios) y la atribución a una y otra de los derechos de conflicto básicos de que pueden valerse para la administración de la controversia.

En segundo término, la consideración de la "autonomía colectiva", o poder autónomo que comparten los trabajadores y los empresarios a través de sus

representantes para la autorregulación de sus intereses respectivos, como pieza central del sistema normativo. Este modelo constitucional de ordenación jurídica de las relaciones laborales descansa de modo esencial, así pues, sobre la función reguladora de las condiciones del contrato de trabajo que los trabajadores y los empresarios llevan a cabo en virtud de su autonomía por medio de la negociación colectiva. En tanto que el papel regulador del Estado como fuente exclusiva o preferente de las relaciones de trabajo queda redefinido de este modo dentro del sistema de fuentes en su conjunto.

Y, en tercero y último, el entendimiento de la "intervención promocional y alimentadora" del sistema por parte del Estado como noción de cierre de excepcional trascendencia. El papel del Estado en el sistema democrático de relaciones de trabajo transforma pues su sentido. Ya no regulará de modo directo las condiciones a que han de ajustarse las relaciones de trabajo, misión que corresponde ahora prioritariamente a la autonomía y la negociación colectivas, pero sí asumirá una doble e insustituible función: la definición del sistema institucional en su conjunto a través de la propia constitución y su desarrollo legislativo; y la promoción de los derechos y libertades reconocidos por la norma constitucional, de acuerdo con la jerarquía de valores asumida. Este modelo de relaciones laborales exige, por lo tanto, una intervención de sostenimiento y promoción por parte del Estado social de derecho, que no solo no es incompatible con las claves autónomas del sistema, sino que se erige en elemento caracterizador de las sociedades democráticas. Corresponde a los poderes públicos, así pues, no solo la promoción de las condiciones para la efectividad real o material de los derechos laborales, sino también la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Y así, la construcción de la eficacia jurídica de los derechos constitucionales, también naturalmente de los laborales, se ha acomodado en el tiempo a una evolución institucional ascendente en la que es posible advertir diferentes etapas.

En un primer momento, propio del primer constitucionalismo histórico, los derechos constitucionales se configuran como esferas de libertad de los ciudadanos frente al poder público, por lo que su eficacia se limita de este modo a las relaciones jurídico-públicas (derechos públicos subjetivos).

En una segunda fase, dentro ya de la influencia del Estado social, la eficacia de los derechos constitucionales se extiende a las relaciones entre particulares, por lo que no importa qué sujeto (público o privado) haya producido la lesión del derecho para que se desencadene la respuesta tutelar del ordenamiento jurídico (eficacia general de los derechos).

Para concluir, en fin, en la sociedad democrática avanzada, con el compromiso en pos de la eficacia sustancial o material de tales derechos, con arreglo a una versión actualizada de la dialéctica tradicional entre libertades formales y libertades materiales.

V. EL "IDEAL DE COBERTURA CONSTITUCIONAL" DE LOS DERECHOS LABORALES: DERECHOS ESPECÍFICOS Y DERECHOS INESPECÍFICOS DE CONTENIDO LABORAL

Y, llegados a este punto, habrá que preguntarse por los derechos derivados de las relaciones de trabajo que han merecido su conversión en constitucionales, que a la postre han accedido a las constituciones. Lo que requiere naturalmente una respuesta que tenga en cuenta la historia del constitucionalismo comparado, para situar así el diagnóstico oportuno dentro del sistema jurídico y del periodo temporal que interese. Ahora bien, sí es posible en estas páginas –otra cosa es a todas luces extravagante– la presentación de lo que puede tenerse hoy por "ideal de cobertura constitucional" de los derechos laborales y de protección social, tomando en cuenta la experiencia de los textos constitucionales influyentes en la materia. Ello no quiere decir, por descontado, que todas las constituciones vigentes, y ni siquiera la mayor parte de ellas, hayan agotado o se hayan acercado siquiera a esta lista o tabla ideal de derechos.

Esta tabla estandarizada comienza, ciertamente, por los derechos constitucionales laborales "específicos", es decir, aquellos que tienen su origen o razón de ser –exclusiva o principalmente– 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, por lo tanto, de derechos "específicamente" laborales, de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral: derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc.

Lo son, así pues, en primer lugar, los derechos "colectivos", de representación y defensa de intereses, como la libertad sindical, el derecho de huelga y de adopción de otras medidas de conflicto colectivo, el derecho de negociación colectiva y el derecho de participación en la empresa. También, los derechos "individuales" expresivos de condiciones mínimas de trabajo, como el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a un salario suficiente, el derecho al descanso (limitación de la jornada de trabajo, descanso semanal y festivo y vacaciones anuales), el derecho a la formación y promoción y el derecho a la seguridad y salud. Y, en fin, los derechos de protección social, como el derecho a un régimen público de seguridad social, el derecho a una política orientada al pleno empleo o los derechos económicos y sociales de los trabajadores migrantes.

Junto a estos derechos laborales específicos, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, claro es, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido laboral sobrevenido. Se produce así una "impregnación laboral" de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por 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". Una categoría que, por cierto, he tenido la fortuna de acuñar y construir jurídicamente desde 1991 y que cuenta con la aceptación de doctrina y jurisprudencia no solo dentro del ordenamiento español. Y es que, habrá que recordar lo evidente, la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes –el trabajador– de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Son, en definitiva, derechos del "ciudadano-trabajador", que ejerce como "trabajador-ciudadano".

Son estos derechos constitucionales inespecíficos –objeto de "laboralización" en su mayoría por la legislación ordinaria–, el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal, el derecho a la propia imagen, la libertad de expresión, la libertad de información, el derecho de reunión, el derecho a la tutela judicial efectiva, o, en fin, el derecho a la educación.

El necesario "equilibrio" entre el ejercicio del poder de dirección del empresario –reflejo, por lo demás, de la garantía constitucional de libertad de empresa– y

el ámbito, modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente, de las libertades constitucionales del trabajador exige, a fin de cuentas, que, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, la referida "modulación" deberá producirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible, de acuerdo con el "principio de proporcionalidad", para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De modo que, toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente "juicio de proporcionalidad", para lo que será preciso comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad–; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia –juicio de necesidad–; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad en sentido estricto–.

VI. LA TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES

Los derechos constitucionales, también naturalmente los de contenido laboral entre ellos, disponen de una tutela reforzada –más allá, claro es, de la tutela judicial ordinaria con que cuentan los derechos subjetivos comunes– que las propias constituciones diseñan con precisión. Sin hacer hincapié ahora en los instrumentos de carácter general del sistema constitucional –tales como el principio de reserva de ley, la noción de contenido esencial del derecho o el juicio de inconstitucionalidad de las leyes–, que no dejan de contener por cierto importantes mecanismos de defensa también para los derechos fundamentales, es preciso dar cuenta de los medios de tutela singulares para estas situaciones.

Por lo pronto, los propios Tribunales o Cortes constitucionales pueden disponer por decisión del legislador –así sucede desde luego en algunos ordenamientos– de competencias o atribuciones de tutela de estos derechos, o acaso de algunos de ellos, a través de diferentes recursos de "amparo constitucional", a los que tienen acceso –bien es verdad que con arreglo a regímenes y procedimientos tasados– los titulares de tales derechos subjetivos.

Pero lo más frecuente es que sean los Tribunales ordinarios de los sistemas jurisdiccionales los que conozcan de procesos especiales para la tutela de los derechos constitucionales/fundamentales, a través, por lo tanto, del denominado

"amparo judicial". Se trata, a fin de cuentas, de procesos singulares cuyo objeto litigioso se limita con exclusividad al conocimiento de las demandas por lesión de libertades públicas y derechos fundamentales. Suelen estos estar revestidos legislativamente de rasgos técnicos harto poderosos para la finalidad que pretenden. Tales como, entre otros, la preferencia y la sumariedad en su tratamiento dentro de la correspondiente oficina judicial; la consideración del Ministerio fiscal como parte del proceso, además del demandante lesionado en su derecho y del demandado infractor; la intervención procesal adhesiva del sindicato a que pertenezca el trabajador lesionado en su derecho, o del sindicato representativo si lo hubiere; la suspensión cautelar de los actos impugnados lesivos del Derecho; o, en fin, la inversión procesal de la carga de la prueba, de modo que haya de ser el demandado quien tenga que probar de modo necesario la ausencia de móvil lesivo en su actuación presuntamente infractora.

Si, en definitiva, no hay derecho sin acción encaminada a su tutela en caso de lesión del mismo, habrá que tener en cuenta que, igualmente, no hay Derecho Constitucional sin tutela constitucional reforzada para el mismo.

Sequeros (Salamanca), agosto de 2014

CLAUSURA DEL VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Palabras del Dr. Jaime Zavala Costa, Presidente de la SPDTSS

Cerramos este VI Congreso Nacional como lo empezamos, con una magnífica conferencia magistral de inauguración por la profesora Isabelle Daugareilh que nos habló sobre el Panorama de la Estabilidad Laboral y concluimos con esta magistral conferencia del profesor Carlos Palomeque sobre Constitución y Derechos Laborales.

Creo que podemos decir que todos los asistentes a este Congreso nos vamos realmente complacidos y cumplimos con nuestro gran objetivo: la difusión del conocimiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Quiero, para cerrar, expresar dos cosas breves, invoco su paciencia unos minutos simplemente. Hemos aprovechado de este Congreso para incorporar al doctor Carlos Palomeque López como Asociado Honorario de nuestra Sociedad. No voy a relevar los méritos académicos, profesionales y demás del profesor Palomeque, pues ya en su presentación lo hizo el maestro de ceremonias. Me quiero limitar simplemente a leer la parte resolutiva del acuerdo de la Asamblea del 3 de octubre tomado por los asociados de nuestra institución y que se sumían en "los relevantes méritos académicos y reconocidos en la trayectoria intelectual del Dr. Carlos Palomeque López, así como su valiosa contribución al campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Asamblea resuelve, Artículo Primero: incorporar al Profesor Carlos Palomeque López como Miembro Honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Artículo Segundo: otorgar al Profesor Carlos Palomeque López el Diploma que lo acredita como Miembro Honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y

de la Seguridad Social. Regístrese, comuníquese y archívese. Jaime Zavala Costa, Presidente.

Para nosotros es realmente un privilegio, un orgullo y nos sentimos honrados que en este Congreso lo incorporemos como Asociado Honorario y le hago en este momento el Diploma que lo acredita como tal.

Interviene el Profesor Carlos Palomeque López: quiero decir que el orgullo y el privilegio a que se refería nuestro Presidente es desde luego mío, lo era antes y ahora doblemente. Muchas gracias

Retoma la palabra el Dr. Jaime Zavala Costa

Antes de cumplir con las palabras formales de cierre del Congreso, quiero decirles que una vez más nos sentimos complacidos por la exitosa asistencia de más de 500 personas que han venido de todos los lugares de la República del Perú, lo cual demuestra que nuestra Sociedad tiene presencia a nivel nacional. Podemos decir que es una Sociedad que va en camino de la descentralización y por eso aprovecho estos minutos para invitar a todos los asistentes, dentro de los grandes objetivos que nos trazamos para los años venideros, que nos acompañen en este proceso de descentralización y los invitamos a través de nuestra página web a conectarse y a participar en proyectos conjuntos, talleres, seminarios, en fin, en lo que consideren conveniente para justamente reiterar ese compromiso que cumple con el objetivo de la Sociedad, que es la investigación, conocimiento y difusión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Reitero mi agradecimiento a los conferencistas magistrales. A Germán Ramírez Gastón y sus dotes de gran organizador, para él todo es fácil. Por cierto a la secretaría ejecutiva por ese trabajo silencioso que realizan, no saben lo que significa. A los auspiciadores, como lo dije en la inauguración. A todos ustedes, porque sin su presencia en este Congreso no tendría razón de ser.

Declaro clausurado el VI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y espero verlos nuevamente en el año 2016.

Muchas gracias.